

Conradi, Albert

Die Haftung des Schuldners für Gehilfen und Substituten

1896

J.rom.m. 114 x

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813278-2

J. rom. m.

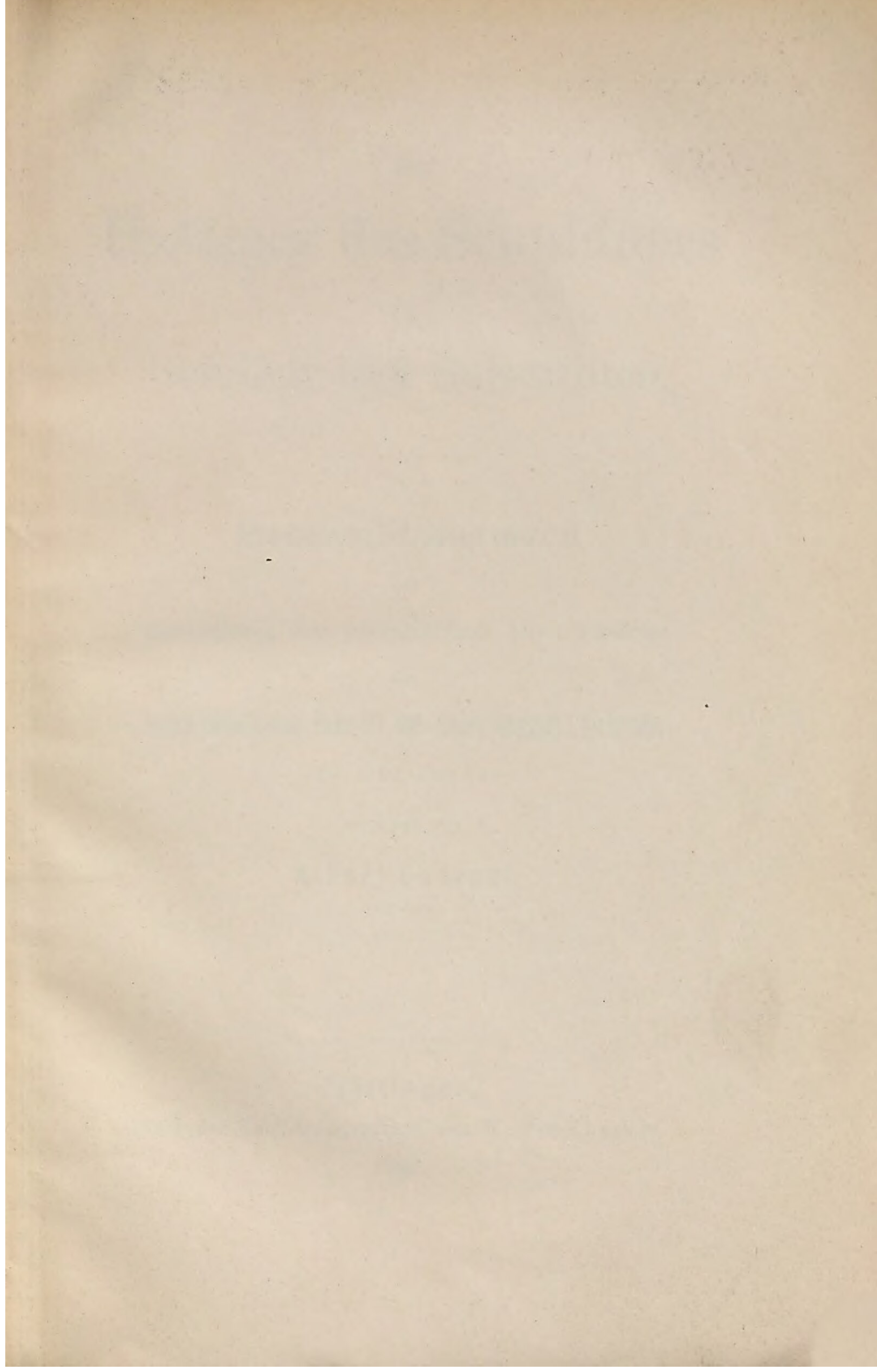
114. 2.

Conradi.
die Haftung des Schuldners für
Helfer u. Substituten.

I. rom. m.

Conradi

114 2



Die
Haftung des Schuldners
für
Gehilfen und Substituten.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doctorwürde
der
hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität
zu Göttingen

vorgelegt von

Albert Conradi

Referendar.

Göttingen,
Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kästner.
1896.



Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.



Neuere hiesige Blätter

in Buchhandlung

Inhalt.

	Seite
§ 1. Einleitung	1
A. Standpunkt des gemeinen Rechts.	
§ 2. I. Haftung des Schuldners für eigenes Verschulden .	7
II. Haftung des Schuldners für fremdes Verschulden :	
§ 3. 1. Haftung des Schuldners für den Substituten . .	9
§ 4. 2. Haftung des Schuldners für den Gehilfen . .	15
a. Haftung des Schuldners für eigentliche culpa in eligendo :	
§ 5. Haftung des Commodatars	16
§ 6. Haftung des Mieters, Verkäufers und Pfand- gläubigers	22
§ 7. b. Scheinbar durch culpa in eligendo bedingte, thatsächlich unbedingte Haftung d. Schuldners	26
§ 8. c. Ausgesprochen unbedingte Haftung des Schuld- ners	31
§ 9. Widerlegung einer unrichtigen Erklärung der ausge- sprochen unbedingten Haftung	39
§ 10. Erklärung derselben durch den Gesichtspunkt der tech- nischen Custodia	42
§ 11. Haftung des horrearius und nauta aus demselben Ge- sichtspunkte	46
§ 12. Haftung für den Institor	49
§ 13. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis	53
§ 14. B. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch. . .	62

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Die Geschichte der deutschen Sprache	2
III. Die deutsche Grammatik	3
IV. Die deutsche Literatur	4
V. Die deutsche Philosophie	5
VI. Die deutsche Kunst	6
VII. Die deutsche Wissenschaft	7
VIII. Die deutsche Politik	8
IX. Die deutsche Religion	9
X. Die deutsche Ethik	10
XI. Die deutsche Pädagogik	11
XII. Die deutsche Medizin	12
XIII. Die deutsche Jurisprudenz	13
XIV. Die deutsche Historie	14
XV. Die deutsche Geographie	15
XVI. Die deutsche Naturgeschichte	16
XVII. Die deutsche Zoologie	17
XVIII. Die deutsche Botanik	18
XIX. Die deutsche Mineralogie	19
XX. Die deutsche Geologie	20
XXI. Die deutsche Archäologie	21
XXII. Die deutsche Ethnologie	22
XXIII. Die deutsche Anthropologie	23
XXIV. Die deutsche Psychologie	24
XXV. Die deutsche Logik	25
XXVI. Die deutsche Metaphysik	26
XXVII. Die deutsche Erkenntnistheorie	27
XXVIII. Die deutsche Wissenschaftstheorie	28
XXIX. Die deutsche Philosophiegeschichte	29
XXX. Die deutsche Philosophie des 19. Jahrhunderts	30

§ 1.

Einleitung.

Es handelt sich in den folgenden Ausführungen lediglich um die Haftung des Schuldners bei Erfüllung seiner Obligation, um die Frage, ob er dem Gläubiger für den Schaden einsteht, welchen seine Gehilfen und Substituten jenem culposer Weise in Ausführung der geschuldeten Leistung zufügen. Die Entstehung seiner Verbindlichkeit berührt uns nicht. Doch erwähnen wir, damit die Tragweite der Frage erhelle, die Entstehungsgründe der Verbindlichkeit des Schuldners: den obligatorischen Vertrag, das vertragsähnliche Rechtsgeschäft, den dinglichen Vertrag, die obligatio ex lege und (für das römische Recht in Betracht kommend) die Litiscontestatio und das Urteil¹⁾.

Wir behandeln ferner die Rechtsverhältnisse mit, bei welchen der Schuldner nicht zu einer Leistung verbunden, sondern ein Recht unter Zuziehung Dritter auszuüben befugt ist, wie z. B. den Niessbrauch²⁾. Rechtsverhältnisse dieser Art können keinen Anspruch auf eine gesonderte Stellung erheben³⁾. Denn mit der

1) Judicio contrahitur l. 16 § 1 D. de rei vindic. 6, 1. Vgl. überhaupt Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte S. 3 ff.

2) Gegen deren Herbeiziehung erklärt sich Ubbelohde in Goldschmidt's Zeitschr. VII S. 218.

3) Rang a. a. O. S. 24. Anderer Meinung Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVI S. 288 f.

Ausübung des Niessbrauchs, um bei dem gewählten Beispiele zu bleiben, sind weitgehende Pflichten verbunden. Der Niessbraucher hat nicht nur *salva rerum substantia* zu nutzen und die regulären Aufwendungen behufs Erhaltung der Sache zu bestreiten¹⁾, sondern sobald er die Sache *aliter utatur, quam vir bonus arbitratitur*, ist er der Klage des Proprietars aus der *stipulatio usufructuaria* ausgesetzt²⁾. Zieht er Dritte zu, um z. B. die ihm überlassenen Pflanzungen im Stande zu erhalten, und jene lassen sich etwas zu schulden kommen, so wird die Frage seiner Haftung zweifellos aufgeworfen werden können. Nicht anders ist es, wenn er durch die Dritten als Mieter des ihm überlassenen Wohnhauses sein Recht ausübt. Stiften diese z. B. einen Brandschaden, so ist gleichfalls die Pflicht des Niessbrauchers, *salva rerum substantia* zu nutzen, verletzt. Es ergibt sich also, dass bei den in Rede stehenden Rechtsverhältnissen die thatsächlich vorliegende Verletzung einer Pflicht des Schuldners den Grund zu dessen Verantwortlichkeit ebenso abgiebt, wie bei allen übrigen.

Ist endlich die Haftung des Geschäftsherrn für den Institor mitaufzunehmen? Brinz³⁾ und Windscheid⁴⁾ sind dagegen; denn es liegt, so argumentieren sie, nicht eine Verhaftung des dominus aus dessen eigenem Contracte vor⁵⁾, sondern eine solche aus der Schuld des Gehilfen. Alle anderen Schriftsteller, die sich mit unserer Frage beschäftigt haben, sind dafür, und mit Recht; denn, wie wir oben ausführten, lassen

1) L. 7 § 2 D. de usufr. 7, 1: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit . . .

2) L. 1 § 6 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

3) Pandekten II § 270 N. 35 der 2. Aufl.

4) Pandekten II § 401 N. 5 der 7. Aufl.

5) „Das Verschulden des Dritten greift nicht innerhalb der obligatio des dominus Platz“, wie Brinz sagt.

wir die Entstehung der obligatio des Schuldners ganz ausser Acht; deshalb dürfen wir auch hier auf den besondern Ursprung der Verpflichtung keine Rücksicht nehmen. Ausserdem ist der Unterschied zwischen der Haftung des praeponens für den Institor und der Haftung aus einem eigenen Contracte verschwindend gering. Der praeponens ist nämlich gesetzlich gezwungen, alle von dem Institor innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises vorgenommenen Handlungen — rechtmässige wie unrechtmässige — genau so gelten zu lassen, als ob sie von ihm selbst vorgenommen worden wären. Er kann von dem dritten Contrahenten (d. h. demjenigen, mit welchem der Institor das Rechtsgeschäft geschlossen hat) mit der Klage aus dem Contracte in solidum belangt werden.

Nach der Feststellung unserer Aufgabe ist nunmehr der Begriff des Gehilfen und der des Substituten zu bestimmen. Neuerdings wird fast allgemein angenommen, dass diese Begriffe in Gegensatz zu bringen sind ¹⁾. Substitut ist derjenige, welcher an Stelle des Schuldners die Obligation erfüllen, welcher alles das leisten soll, was dem Schuldner selbst oblag. Ein Fall der Substitution ist z. B. die Entreprise. Es vergiebt jemand ein Werk zur Ausführung an einen andern, erklärt sich aber stillschweigend damit einverstanden, dass ein

1) Auf die Aufstellung eines Gegensatzes drang besonders Burchardi, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen S. 13 ff. 26 ff., Dankwardt in Jher. Jahrb. XIII S. 324 N. 1, Löning, Haftung des Staats S. 67, Leonhard in den Verhandlungen des 17. Juristentages I S. 351. Vgl. ferner Unger, Handeln auf eigne Gefahr S. 60 der 2. Aufl., Brinz II § 270 No. 1 u. 2, Motive zum Entwurf II S. 531 f. Es empfiehlt sich nicht, in einem weiteren Sinne unter Gehilfen auch die Substituten zu begreifen, da, wie wir sehen werden, die Verschiedenartigkeit der Begriffe auch eine verschiedene Haftung herbeiführt (vgl. Löning a. a. O. S. 67 N. 2 gegen Goldschmidt S. 289).

Dritter sich der Ausführung anstatt des Unternehmers unterziehe. Geschieht dies, so tritt die Person des Schuldners dem Gläubiger gegenüber ganz in den Hintergrund, es müsste denn durch den Akt der Substitution etwas versehen worden sein. Zwar kann der Substitut nicht für den Schuldner als Stellvertreter erfüllen; denn der Gläubiger hat ein Recht auf Befriedigung grade durch diesen Schuldner. Will er dasselbe im Einzelfalle aufgeben, so steht ihm dies frei; der Schuldner ist nicht befugt, für sich allein darüber zu befinden¹⁾. Hat aber der Gläubiger die Substitution einmal zugelassen und dieselbe wird vorgenommen, so darf er in der Regel vom Schuldner nichts mehr verlangen; er hat ja für diesen Fall auf die Leistung durch den Schuldner verzichtet. Dies gilt namentlich für das unbedingte Entstehen des Letzteren für den Substituten; denn die Substitution ist im Interesse des Gläubigers erfolgt. Allerdings kann der Schuldner eine so weitgehende Haftung freiwillig übernehmen, oder es kann ihm eine Beaufsichtigung des Substituten zur Pflicht gemacht werden. Doch für die Regel hat Burchardi Recht, wenn er den Satz aufstellt, mit dem Eintritt des Substituten scheide der Schuldner aus dem obligatorischen Verbande aus. Eine Culpa in der Wahl des Substituten hat der Schuldner natürlich zu vertreten; denn bis zur vollzogenen Wahl ist keine Veränderung in seinem Verhältnisse zu dem Gläubiger eingetreten.

Ganz anders stellt sich die Rechtslage des Gehilfen dar. Der Gehilfe hat nicht die Bestimmung, dem Gläubiger selbständig gegenüberzutreten, vielmehr soll er lediglich den Willen seines Herrn ausführen, neben seinem Herrn bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses sich beteiligen. „Principal und Gehilfe sind rechtlich nur eine Person“, diesen Satz Burchardi's kann

1) Rang a. a. O. S. 16 ff.

man wohl unterschreiben, ohne damit die Beweisführung zu billigen, durch welche der genannte Schriftsteller zu ihm gelangt ist. Vielmehr ist im Gegensatze zu Burchardi, der eine Willenseinheit zwischen Principal und Gehilfen construiert, ein Wille des Gehilfen zwar anzuerkennen, jedoch kann demselben neben dem des Principals keine selbständige Bedeutung beigelegt werden¹⁾. Dementsprechend findet Dreyer²⁾ das Characteristicum des Gehilfen in der dauernden oder vorübergehenden Anstellung durch einen andern, welchem der Gehilfe Dienste leistet und zu welchem er in ein Verhältniss tritt, nach dem er Befehle und Instructionen erhalten und beaufsichtigt werden kann³⁾.

Die Gehilfenzuziehung findet, im Gegensatze zu der Substitution, im Interesse des Schuldners selbst statt; ihr Zweck ist die Ermöglichung oder die bessere und gesichere Ausführung der eignen Leistung des Obligierten. Hiernach ist der von Goldschmidt⁴⁾ vertretene Satz, es könne principiell das Mass der Verantwortlichkeit des Schuldners für Gehilfen und Substituten nur das gleiche sein, falls deren Zuziehung erlaubt sei, unrichtig. Vielmehr ist beim Substituten eine Haftpflicht für culpa in eligendo, beim Gehilfen dagegen eine hierüber hinausgehende

1) So spricht sich bezüglich des Gehilfen in contrahendo aus: Jhering in seinen Jahrb. I S. 279, Bähr ebenda VI S. 299 und Schliemann in Goldschmidt's Zeitschr. XVI S. 23.

2) Gutachten in den Verhandlungen des 17. Juristentages I S. 47 ff.

3) In Rom fungierten natürlich meist Sklaven als Gehilfen. Dass sie als Sachen angesehen wurden, hat jedoch auf unsere Frage keinen Einfluss ausgeübt, l. 60 § 7 D. loc. 19, 2, l. 27 § 9 D. ad leg. Aquil. 9, 2. — Die Ueberflüssigkeit der Kategorie der Gehilfen in Ausübung von Rechten des Schuldners hat sich oben S. 2 ergeben.

4) Goldschmidt a. a. O. S. 289 N. 3; ihm folgt im wesentlichen Rang S. 20 N. 3.

Haftung als grundsätzlich gerechtfertigt anzusehen¹⁾. In einigen Fällen statuieren die römischen Juristen eine Haftung des paterfamilias für die „sui“, zu denen ausser den Sklaven die unter patria potestas stehenden Hauskinder zu rechnen sind. Jedoch nötigen uns diese wenigen Fälle nicht, auf das Moment des Helfens keinen Wert mehr zu legen und die „Gehilfen“ durch einen andern terminus zu ersetzen²⁾.

Endlich ist hinsichtlich derjenigen Handlungen der Gehilfen, welche die Haftung des Schuldners begründen, eine wesentliche Beschränkung aufzustellen, welche in den Quellen allerdings nicht durchweg eingehalten wird. Der Schuldner hat den Gehilfen eine Aufgabe gestellt; setzen sich dieselben bewusst über die Aufgabe hinweg, so wäre es zweifelsohne unbillig, wollte man ihren Herrn für den Schaden, welchen der Gläubiger durch ihr doloses Handeln erlitten hat, aufkommen lassen. Das nämliche ist zu sagen von dem, was in der Zeit der Arbeitspausen, sowie vor Beginn und nach Schluss der Arbeit sich ereignet, also für alle die Fälle, in welchen sich die Gehilfen thatsächlich ihrer Aufgabe nicht widmen. Nur um die Frage handelt es sich: hat der Arbeitgeber für seine Gesellen zu haften, wenn diese z. B. in der Wohnung des Gläubigers einen Gegenstand befestigen sollen und denselben bei der Arbeit beschädigen — nicht um die andere: hat er zu haften, wenn sie etwas gestohlen, oder wenn sie in der Mittagspause durch Wegwerfen eines brennenden Zündholzes einen Brand verursacht haben. Wir haben es, wie man zu sagen

1) So Unger, Handeln S. 53 ff. und S. 61, Löning S. 67 Leonhard S. 361 f., Enneccerus in den Verhandlungen des 17. Juristentages II S. 104 f. Der Letztere betont mit Recht, dass es unzulässig ist, von dem Masse der Haftung jemandes für den Substituten auf das für seinen Gehilfen zu schliessen.

2) A. M. Rang S. 22 ff., welcher seinerseits den terminus „Dritte“ gebraucht.

pflegt, mit einem „in Ausführung des übernommenen Geschäftes“ veranlassten Schaden zu thun, nicht mit einem „bei Gelegenheit der übernommenen Leistung“ veranlassten¹⁾.

A. Der Standpunkt des gemeinen Rechts in unserer Frage.

§ 2.

I. Die Haftung des Schuldners für eigenes Verschulden.

Zuvörderst ist der Schuldner dem Gläubiger verhaftet, wenn er selbst es war, der die Erfüllung oder die gehörige Erfüllung schuldhafter Weise vereitelt hat durch Anstiftung der Gehilfen oder Substituten hierzu, durch Unterlassung der notwendigen Sicherheitsmassregeln, durch Verwendung von schlechtem Material und vor allem durch grobe oder geringe Fahrlässigkeit in Auswahl oder Beaufsichtigung der Gehilfen bezw. Substituten²⁾. Der Schuldner muss, will er seiner Vertragspflicht genügen, Leute anstellen, von denen er erwarten kann, dass sie die ihnen aufgetragenen Geschäfte ordentlich ausführen werden, resp. dass sie die ihnen

1) Entwurf eines Gesetzbuchs für das Königreich Bayern Art. 66 und Motive zu demselben (1861), Goldschmidt S. 289 f., Resolution des 17. Juristentages in den Verhandlungen II S. 137, Cosack, Lehrb. des Handelsr. S. 453 der 3. Aufl.

2) Dreyer, Verhandlungen I S. 52 ff. Auch ein Versehen seiner Leute, welches durch eine unmässige Ueberanstrengung derselben veranlasst wurde, darf wohl dem Herrn als eigene Schuld angerechnet werden.

anvertraute Sache gegen Beschädigung und Entwendung sorgsam bewahren werden. Der Umfang dieser Pflicht ist je nach der in dem concreten Vertrage gebotenen *diligentia* unter Berücksichtigung dessen, was die *bona fides* im Verkehre erfordert, zu bemessen. Manchmal wird der Schuldner prüfen müssen, ob der Gewählte soviel Geschicklichkeit und Erfahrung hat, dass er die Aufträge sicher und gut ausführen kann, manchmal wird man solches nicht verlangen dürfen¹⁾. Kommt es zum Prozess, so hat der Schuldner das Recht, durch Cession seiner Klage gegen den Gehilfen bzw. Substituten den Gläubiger an diese seine Leute zu verweisen. Doch wird er dadurch nicht endgiltig von seiner Vertretungspflicht entbunden: *tenetur autem, quia agere potest*²⁾. Eine Hauptfrage im Prozesse bildet die Beweislast. Es herrscht jetzt nahezu Einigkeit darüber, dass der verklagte Schuldner, wenn er thatsächlich seiner Vertragspflicht nicht nachgekommen ist, den Entlastungsbeweis dahin zu führen hat, er sei bei der Anstellung oder Ueberwachung seiner Leute mit der ihm obliegenden Sorgfalt zu Werke gegangen. Der Beklagte beruft sich nämlich (wenn er sich überhaupt verteidigt) auf die Unmöglichkeit der Erfüllung; diese befreit ihn aber nur, wenn sie unverschuldet ist³⁾, und darum muss er den Beweis seiner Unschuld führen, vorausgesetzt, dass der Gläubiger die Entstehung seines Forderungsrechts dargethan hat⁴⁾. Wollte man dem entgegen vom Kläger den Nach-

1) Ubbelohde S. 263 f., Dreyer a. a. O. S. 56 N. 27 und dort citierte.

2) Goldschmidt S. 351. Cuiacius Opera IX 220D: Qui cedit actionem, eam non amittit, sed retinet, et potest ea experiri.

3) L. 9 § 4 D. locati. 19, 2.

4) Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift S. 82 und 83, Dreyer S. 55, Arndts Pandekten § 250 N. 5, Windscheid § 265 N. 10, Seuff. Arch. VII No. 320, R.G.E. X S. 167 f. Ferner l. 5 und l. 10 § 2 C. de act. pign. 4, 24 und l. 11 D. de probat.

weis fordern, der Beklagte hätte bei grösserer Aufmerksamkeit so untaugliche Leute nicht anstellen oder nicht behalten dürfen, so bliebe er denselben in den allermeisten Fällen schuldig. Denn der Nachweis ist einzig und allein durch Facta aus dem Vorleben des Gehilfen oder Substituten zu erbringen, welches dem Kläger fast immer unbekannt sein wird. Es leuchtet ein, dass der Beklagte über seine Leute besser unterrichtet sein muss oder kann. Gelingt demselben der Nachweis, dass der Schuldige schon vorher Geschäfte gleicher oder ähnlicher Art zu seiner Zufriedenheit ausgeführt, oder dass er ihn als zuverlässigen Menschen übernommen habe, so ist er frei ¹⁾).

II. Haftung des Schuldners für fremdes Verschulden.

§ 3.

I. Haftung für den Substituten.

Wenn jemand eine Verbindlichkeit eingegangen ist und sich bei Ausführung derselben erlaubtermassen eines Substituten bedient, so haftet er für dessen Verschulden nur, wenn auch ihn eine culpa in eligendo oder inspicendo trifft. Gebraucht er einen Substituten wider Verbot des Gläubigers, so ist er naturgemäss unbedingt verantwortlich ²⁾).

22, 3: Non est necesse pupillo probare fideiussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur. — Können Mehrere die Schadenstifter gewesen sein, so ist der Schuldige erst vom Beklagten zu ermitteln.

1) Hasse, Die Lehre von der Culpa, 2. Ausgabe, S. 408 ff. — Ueber den Wert, welchen die so verteilte Beweislast im heutigen Rechte hat, vgl. unten § 12.

2) Das Verbot kann ein absolutes oder ein relatives sein: es sollen bloss gewisse Substituten nicht gebraucht werden.

Die Haftung des Schuldners für Verschuldung in der Wahl des Substituten findet sich einmal beim *Depositum* bezeugt. In l. 1 § 14 D. depos. 16, 3 fordert A den B, welcher eine Sache bei ihm deponieren will, auf, er solle lieber den C darum angehen, und übernimmt die Haftung für die Sache. In diesem Falle soll die Klage des B aus dem *Contracte* auch gegen A gehen können. Unter welchen Voraussetzungen, ist nicht gesagt; doch es liegt, wie Leonhard ¹⁾ mit Recht annimmt, nahe, an eine *Culpa* des C zu denken. Auch aus l. 16 D. eod. folgt eine Haftung für *culpa in eligendo*, da der Substituent nur zur Klagencession verpflichtet ist, und diese nur in Verbindung mit der erstgenannten Haftung, nicht aber mit der unbedingten vorkommt ²⁾. Bei diesem *Contracte* besteht denn auch keine Meinungsverschiedenheit unter den Schriftstellern ³⁾.

In derselben Weise wie beim *Depositum* ist die Stellung des Substituten beim *Mandate* geregelt. L. 8 § 3 D. mand. 17, 1 und l. 27 (28) D. neg. gestis 3, 5 lassen sich zwar über dieselbe nur soweit aus, dass sie eine Haftpflicht constatieren. Goldschmidt S. 313 ff. nimmt an, dass eine *Culpa* des substituierenden Mandatars als Voraussetzung der Haftpflicht gemäss den allgemeinen Regeln des Mandats anzusehen sei. Brinz dagegen ⁴⁾ will die erstgenannte Stelle von einem Mandatar ohne Substitutionsvollmacht, die letztgenannte von einer eigenmächtig vorgenommenen Substitution verstanden wissen, welche an sich keine *Culpa* enthalte, aber die Verantwortlichkeit für das Handeln des Substituten nach sich ziehe. Mir scheint die Goldschmidt'sche Annahme

1) Leonhard in den Verhandlungen des 17. Juristentages I S. 354 N. 8.

2) Brinz Pandekten II S. 284.

3) Goldschmidt S. 302, v. Wyss, Haftung für fremde Culpa S. 92, Ubbelohde S. 251 u. 253, Leonhard a. a. O.

4) Pandekten II § 270 sub 2.

den Vorzug zu verdienen mit Rücksicht auf l. 22 § 11 D. mand. In diesem Fragmente hat der Mandatar nicht gekauft, was er zu kaufen übernommen hatte, auch nicht das Mandat gekündigt; beides ist, wie der Jurist sich ausdrückt, *sua, non alterius culpa* unterlassen worden. Unter dieser Voraussetzung soll der Beauftragte dem Mandanten haften. Es fragt sich, wer unter „alterius“ gemeint ist. Wollte man *alter* in der Bedeutung nehmen, welche es im klassischen Latein hat, so wäre der Mandant die gesuchte Person. Jedoch ist nicht abzusehen, worin dessen Verschulden bestehen könnte. Daher ist die zweite Bedeutung von *alter*, in welcher es mit *alius* identisch ist ¹⁾, zu wählen, und dann ist es das nächstliegende, sich als den *alius* einen Substituten zu denken. So aufgefasst, bietet die *lex* ein sicheres Zeugnis dafür, dass der Mandatar wegen der unterlassenen Kündigung und Ausführung nur belangt werden kann, wenn ihn dieserhalb eine Schuld trifft; liegt die Schuld allein bei dem von ihm bestellten Substituten, so ist er von jeglicher Verbindlichkeit frei ²⁾.

Eine sehr gewagte Interpretation giebt Rang S. 57 f. Er nimmt, ebenso wie wir, *alter* im Sinne von *alius*, denkt aber an einen Boten, welcher in der Uebringung der Kündigung des Mandats seitens des Mandatars lässig ist. Es würde dann in der *lex* gesagt, die Kündigung sei trotzdem wirksam, während von einer Schadensersatzpflicht wegen der verspäteten Kündigung gar nicht gesprochen würde. Ueber dieselbe müsste jedoch das Fragment notwendig eine Bestimmung enthalten, sonst bestände es nur aus dem eigentlich selbst-

1) Dass *alter* diese Bedeutung haben kann, geht mit Sicherheit aus l. 31 D. mand. hervor, wo es ganz allgemein heisst: *nam qui alterius negotia administranda suscipit . . .*; ferner aus der Fassung des prätorischen Edikts *de negotiis gestis*: l. 3 pr. und § 3 D. h. t. 3, 5.

2) Goldschmidt S. 315.

verständlichen Satze, dass eine verspätet eintreffende Kündigung doch als Kündigung gilt, wenn dem Kündigenden keine Schuld an der Verspätung zur Last fällt. Rang giebt auch die Bedenklichkeit seiner Auslegung selbst zu.

Ebenso spricht wohl l. 13 § 1 D. loc. die Haftpflicht des *conductor operis* für das Verschulden in der Auswahl des Substituten aus. Das „*si vel invito domino fecit*“ zeigt, dass das vorhergehende „*si culpa caret*“ von dem Falle der Zulässigkeit einer Substitution zu verstehen ist. Eine Substitution liegt deshalb vor, weil der *primus navicularius* seine Rolle ganz an den *alius navicularius* abtritt. Ist jener in der Wahl des Letzteren vorsichtig verfahren, so kann er für die weiteren Ereignisse nicht verantwortlich gemacht werden¹⁾. In der gleichen Weise endlich ist der Pfandgläubiger nur für culpa in eligendo beim Weiterversetzen des Pfandes, wozu er der Einwilligung des Verpfänders nicht bedarf, haftbar²⁾. Anders freilich lässt Paulus in der l. 20 (21) § 3 D. neg. gest. den *negotiorum gestor* haften, nämlich auf Ersatz des ganzen Schadens, welchen der Substitut gestiftet hat, nicht bloss auf Klagen-cession. Dies erklärt sich vielleicht daraus, dass für den *negotiorum gestor* eine Substitutionspflicht, nicht, wie sonst, ein Substitutionsrecht besteht. Auch in l. 2 § 1 D. si mentor 11, 6 könnte dieselbe unbedingte Haftung ausgesprochen sein; doch steht es dahin, ob hier nicht die Haftung aus einer wider Verbot vorgenommenen Substitution herrührt³⁾. Die l. 48 pr. locati end-

1) Vgl. Ubbelohde S. 292, Leonhard S. 361, Abicht, Haftung des Uebernehmers bei einer Werkverdingung S. 30 f.

2) Arg. l. 31 (32) D. neg. gest. 3, 5, Dernburg Pfandrecht I S. 484.

3) Der letzteren Auffassung huldigt Leonhard S. 362 N. 6, der ersteren Brinz Pand. II § 270 sub 2, welche im Resultate von Rang geteilt wird. Noch anders Goldschmidt S. 299.

lich, welche von manchen Schriftstellern für die unbedingte Haftung des Substituenten verwertet wird, bestimmt über die Modalitäten der Haftung desselben überhaupt nichts.

Es erübrigt noch, einiges über das Recht der Zuziehung von Substituten hinzuzufügen. Bezüglich des Mandates führt eine Entscheidung in Seuffert's Archiv XXIV No. 238 folgendes aus: „Dem Bevollmächtigten steht in der Regel die Substitutionsbefugnis zu¹⁾; der Auftraggeber darf aber die Substitution verbieten, und ein derartiges Verbot kann auch stillschweigend in der Natur des aufgetragenen Geschäfts enthalten sein: wo nämlich auf besondere Eigenschaften des Mandatars etwas ankommt, oder ein besonderes Zutrauen in der Mandatserteilung liegt“. Als einen solchen Fall betrachtete der Gerichtshof den Auftrag an jemanden, er solle dem Auftraggeber bei dem Ankaufe eines Grundstückes behilflich sein. Derartige Fälle sind aber sehr zahlreich; man wird gewöhnlich einen Grund haben, warum man diese und keine andere Person sich auserkor, warum man in sie grade das Vertrauen setzte, sie werde den Auftrag ordentlich ausführen. Diese Momente werden besonders dann ins Gewicht fallen, wenn das Mandat völlig gratuitum ist, also auch ein Honorar für die erfolgte Ausführung nicht zugebilligt ist. Dem entgegen hielt der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich in erster Lesung an dem im citierten Urteile ausgeführten Grundsatz des römischen Rechtes fest²⁾. Seine Regelung wurde

Jedenfalls liegt in diesem, wie im vorhergehenden Fragmente keine gewöhnliche Haftung des mensor für culpa in eligendo vor, worüber unten § 7 zu vergleichen ist.

1) Dafür vergleiche die Nachweisungen aus dem römischen und kanonischen Rechte bei Goldschmidt S. 312.

2) Entwurf I § 369.

lebhaft angegriffen; insbesondere stellte B ä h r in § 537 seines „Gegenentwurfs“ das Princip auf: „Im Zweifel ist anzunehmen, dass der Beauftragte verpflichtet ist, den Auftrag in Person auszuführen“. Ueberlässt er die Ausführung Anderen, so soll er unbedingt haften.

Daraufhin hat sich der zweite Entwurf entschlossen, mit dem römischen Rechte zu brechen, und seine Bestimmung ist unverändert in die dritte Lesung übergegangen; ihr § 664 Abs. 1 lautet: „Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrages nicht einem Dritten übertragen. Ist die Uebertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 (d. h. unbedingt) verantwortlich“¹⁾. Entsprechend lautet § 691 für das *Depositum* ²⁾. Noch weiter geht das deutsche bürgerliche Gesetzbuch bei der *Sachenmiete*. Im § 549 Abs. 1 stellt es nicht eine Vermutung für das Substitutionsverbot auf, sondern erfordert positiv die Substitutionserlaubnis als Voraussetzung der Gültigkeit der Aftervermietung ³⁾. B ä h r schliesst sich in seinem Gegen-

1) Für diesen letzteren Fall fehlt es im gemeinen Recht an Quellenentscheidungen.

2) Die Grundsätze des Entwurfs sind mit Unger, Handeln auf eigene Gefahr S. 60 f. durchaus zu billigen.

3) Betreffs der Haftung bestimmt § 549 Abs. 2 (ebenfalls abweichend vom § 664), der Mieter habe in jedem Falle ein Verschulden, welches dem Aftermieter bei dem Gebrauche zur Last fällt, zu vertreten. Das Gesetzbuch statuiert hiermit eine unbedingte Haftpflicht des Mieters für seinen Substituten aus praktischen Rücksichten für den Vermieter; dass sich eine solche theoretisch nicht rechtfertigen lässt, haben wir oben S. 3 ff. gesehen. — Die Bestimmungen über die Aftermiete sind durch § 581 Abs. 2 auf die Afterpacht für anwendbar erklärt worden. Der erste Entwurf hatte in unrichtiger Weise den Aftermieter als Gehilfen des Mieters bei Bewirkung der diesem obliegenden Leistung auf-

entwurfe § 492 dem ersten Entwurfe an, schützt indessen den ersten Vermieter durch besondere Vorschriften, auf welche er grosses Gewicht legt.

§ 4.

2. Die Haftung des Schuldners für den Gehilfen¹⁾.

Verwendet der Schuldner Gehilfen behufs Einlösung seiner Verpflichtung entgegen einem diesbezüglich geäusserten Verbote des Gläubigers, oder entgegen dem Character des mit diesem geschlossenen Vertrages, so haftet er stets unbedingt²⁾. Andererseits ist er in allen Fällen, in welchen bloss die Zuweisung eines Gehilfen für eine angegebene Verrichtung von ihm verlangt wird, wenn er ihn nur auszusuchen hat, für culpa in eligendo verantwortlich. Er handelt dann nicht im eigenen Interesse, sondern in dem des Gläubigers³⁾. Wenn wir von diesen beiden Fällen absehen, findet sich in den Quellen nach unserer Ueberzeugung ein dreifacher Standpunkt vertreten: einmal die Haftung für reine, eigentliche culpa in eligendo, sodann eine Haftung, welche auf culpa in eligendo gegründet wird, tatsächlich aber eine unbedingte Haftung ist, und endlich die ausgesprochen unbedingte Haftung. Alle Versuche, die gemacht werden, einen einzigen Standpunkt aus den

gefasst und den Mieter dementsprechend haften lassen (Unger, Handeln S. 18 N. 9).

1) Eine Schrift von Alex. Dolinski, Die Haftung des Contrahenten für seinen Gehülfen nach österr. und gem. Recht, Lemberg 1893, 195 S., war mir nicht zugänglich.

2) L. 55 § 2 D. de administr. tut. 26, 7. Windscheid II § 401 N. 5 und N. 4.

3) Hierauf hat zuerst Jhering in seinen Jahrb. IV S. 84 f. hingewiesen. Gebilligt wird der Satz von Dreyer (Verhandlungen I S. 67 N. 63), angewandt vom Reichsoberhandelsgericht (Entsch. I S. 259).

Quellen zu ermitteln, müssen scheitern. Wir beginnen damit, den erstgenannten Standpunkt auf sein Vorkommen in den Quellen zu untersuchen.

a. Haftung des Schuldners für eigentliche culpa in eligendo.

§ 5.

Die Haftung des Commodatars.

Für culpa in eligendo und custodiendo lassen die römischen Juristen einmal den Commodatar haften. Es kommt zunächst l. 5 § 13 D. comm. 13, 6 in Betracht. Jemand leiht sich einen Sklaven, welcher eine Schlüssel mitbringen soll, aber dieselbe unterwegs verliert. Der Jurist entscheidet, der Entleiher habe das periculum zu tragen, da er die Schlüssel mitgeliehen habe. Indessen wenn der Sklave entläuft, so soll der Entleiher nur dann haften, wenn er daran schuld war. Aus einem Vergleiche der beiden Teile der Entscheidung ergibt sich — so führt Ubbelohde¹⁾ aus —, dass in dem ersten eine Culpa des Entleihers zu ergänzen ist. Eine Verschiedenheit der beiden Teile besteht nämlich nur insofern, als die Beweislast im zweiten den Verleiher, im ersten den Entleiher zu treffen hat. Nach der Ansicht Leonhard's²⁾ haftet der Commodatar im ersten Teile, weil der Sklave wider die ihm gegebene Instruction die Sache verloren hat, im zweiten dagegen deswegen nicht, weil ein Delict zu begehen nicht in des Sklaven Instruction lag. Der Gegensatz, in welchem die beiden Teile zu einander stehen, ist von Leonhard richtig erkannt, aber im übrigen ist seine Auffassung unhaltbar. Nehmen wir den Gesichtspunkt Leonhard's an, so ist richtig, dass im zweiten Teile der Entleiher nicht haftet, weil sich der Sklave über die Instruction

1) Zeitschr. für Handelsr. VII S. 253.

2) In den oft citierten Verhandlungen I S. 355.

ganz hinwegsetzt, und man billiger Weise diesen Dolus dem Entleiher nicht anrechnen darf. Im ersten Teile würde der Letztere dagegen haften, grade weil sich der Sklave innerhalb seiner instructionsmässigen Thätigkeit hielt, als er den Schaden stiftete. Ein Verbot, die Sache zu verlieren, wird nämlich schwerlich in der Instruction enthalten gewesen sein, und dann kann von einem Verstosse gegen dieselbe keine Rede sein. Wollte man dies aber für möglich zugeben, so wäre nicht einzusehen, warum nicht auch das Verbot zu delinquieren in der Instruction gelegen haben sollte.

Hiergegen, wie gegen die Auffassung Ubbelohde's ergeben die Basiliken vollen Beweis. Hier heisst es ¹⁾: Ἐάν χρήσω σοι δοῦλον μετὰ δίσκου καὶ ἀπολέσῃ αὐτὸν ὁ δοῦλος, ἐνέχῃ· οὐ μὴν ἐάν φύγῃ μετὰ τοῦ δίσκου, εἰ μὴ ἄρα τῆς φυγῆς αἴτιος ἐγένου. Die beiden Teile stehen also, wie deutlich zu erkennen ist, in striktem Gegensatze zu einander; dies geht aus dem Scholion des Cyrillus ²⁾, wie aus dem des Stephanus gleichfalls hervor. Letzterer giebt als Grund der Haftung beim Verlieren an, der Commodatar müsse bezüglich der Schlüssel diligentia exacta prästieren; bei der Flucht jedoch schulde er weder Custodia noch Diligenz, wenn nicht der Sklave einer von denen war, die bewacht werden mussten, wie in l. 5 § 6 h. t. gesagt sei. Wir sehen demnach aus den Basiliken, dass eine Instruction zur Begründung der Haftung nicht herangezogen wird, sowie, dass die beiden Teile des Fragments zu verschieden sind, um die Benutzung des einen zur Erklärung des andern zu rechtfertigen. Die Stelle spricht die unbedingte Haftung des Commodatars für den Gehilfen aus ³⁾.

1) Basil. XIII, 1 h. 1.

2) Εἰ αἰτήσεις με οἰκέτην . . . καὶ ἀπολέσῃ τὸν δίσκον, κατέχῃ· εἰ δὲ φύγῃ . . . οὐ κατέχῃ.

3) Unserer Ansicht Pernice, Labeo II S. 354 N. 40, Rang

Diesem Fragmente stehen jedoch alle andern auf das Commodat bezüglichen entgegen. So zunächst l. 20 D. h. t. Hier lässt sich ein Sklave, welcher dem Commodanten das geliehene Silberzeug wieder zustellen sollte, überlisten und sich dasselbe abnehmen. Sein Herr hatte ihn bisher nur als χρήσιμος δοῦλος, wie es in den Basiliken heisst, gekannt. Julian entscheidet, der Commodant habe den Schaden zu tragen. Die Glosse legt, unter Berufung auf die unten näher zu besprechende l. 20 § 2 D. praescript. v. 19, 5 Wert auf das servo meo: In suo enim venia est dignus, in aliis non. Allein es wäre höchst merkwürdig, wenn ein Schuldner für die Sklaven, welche er gar nicht oder nur oberflächlich kennt, strenger haften sollte, wie für die eigenen. Die angezogene Stelle hat denn auch diesen Inhalt nicht. Baron¹⁾ meint, der Sklave sei schuldlos, und deswegen liege ein damnum fatale vor. Ich glaube jedoch Ubbelohde²⁾ recht geben zu müssen, wenn er eine Schuld auf Seiten des Boten annimmt; denn ein vorsichtiger und sorgsamer Mensch lässt sich nicht betrügen.

Des weiteren wird l. 12 § 1 D. h. t. von der überwiegenden Mehrheit der Autoren im Sinne einer Haftung für culpa in eligendo ausgelegt. Die natürlichste und richtige Auslegung des Fragments stammt, soweit

S. 62, sowie die Glosse, welche, ebenso wie Stephanus, die Haftung im ersten Teile der lex aus der geschuldeten Custodia erklärt.

1) Arch. f. civ. Praxis Bd. 52 S. 70; ihm sind Leonhard S. 359 N. 1, sowie Rang S. 46 N. 1 gefolgt. Baron hat jetzt seine Ansicht aufgegeben. Er will intercipere mit „entreissen“ übersetzen (Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 264 f.), sodass Julian dasselbe Princip, wie in l. 19 h. t. ausspräche: Nichthaftung für vis eines Dritten. Hiergegen spricht das „λάβωσιν“ der Basiliken, welches diese Bedeutung in der griechischen Prosa nicht hat (Stephanus, Thesaurus Graecae linguae Bd. 5 S. 70).

2) S. 253; auch Goldschmidt S. 316 N. 1.

ich sehen kann, von Lorenz Dorn¹⁾. Sie ist dann von Glück²⁾ und in neuester Zeit insbesondere von Goldschmidt und Brinz vertreten worden. Der Commodatar macht sich dadurch, dass er dem Boten die Sache mitgibt, einer culpa in eligendo schuldig; denn der Bote soll ihn lediglich an die Rückgabe der Sache mahnen. Geht er darüber hinaus, (blindlings, wie Brinz II S. 283 f. sich sehr treffend ausdrückt), so handelt er einem Verbote des Gläubigers zuwider. Der Einwand, welchen Leonhard S. 361 erhebt, der Befehl des Gläubigers könne nicht allein einem Misstrauen gegen den Boten, sondern auch der Rücksicht gegen den Schuldner entspringen und darum kein ausgesprochenes Verbot enthalten, fällt mit dem „miserat, ut referretur res“. Referre in diesem Zusammenhange kann sich nur auf den Schuldner beziehen; es ist mit „zurückbringen“ zu übersetzen³⁾. Sollte der Bote die Function des Zurückholens übernehmen, so musste dies der Gläubiger eigens verstatet haben: ei dari iusserat⁴⁾. Noch anders ist die Auffassung des Glossators Azo⁵⁾. Der Bote, so meint er, spiegelt dem Entleiher vor, es solle ihm die Sache eingehändigt werden: non nocet commodanti, quia ei est imputandum, qui credulus

1) Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts S. 434.

2) Commentar XIII S. 471 f. Auch Burchardi bemerkt S. 69 N. 41: „Selbst dass der Schuldner eine Vertrauensperson des Gläubigers zum Ueberbringer macht, befreit ihn nicht, wenn er ohne Kenntniss ihrer Zuverlässigkeit die Sache ihr . . . gegeben hat“.

3) Windscheid Pand. II § 282 N. 4; Dernburg Pand. II § 90 N. 8.

4) Unbedingte Haftung nehmen Jhering in seinen Jahrb. IV S. 85 und Baron im Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 70 und Bd. 78 S. 262 ff. an.

5) Accursius, Glossa ordinaria ad hanc leg.

luit. Die lex bietet indessen für diese Annahme keinen Stützpunkt.

Weiter ist l. 10 § 1 und l. 11 D. h. t. zu besprechen. Hier handelt es sich zwar nicht um ein Commodat, aber doch um den diesem sehr ähnlichen Vertrag mit dem Taxator, der in seinem Interesse eine Sache zum Abschätzen erhält. Die Frage ist die: wer hat den Schaden zu tragen, welcher bei der Rücksendung der Sache durch einen Boten infolge des Untergangs der Letzteren entstanden ist? Ulpian entscheidet sich für den Hingebenden, wenn derselbe die Benutzung des Boten vorgeschrieben hatte, für den Taxator aber, wenn dieser nach eigenem Gutdünken den Boten stellte: *qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit*. Diese zur Begründung des *responsum* Ulpian's angefügten Worte des Paulus sind für die Majorität der Schriftsteller der Grund gewesen, die Haftung des Commodatars auf culpa in eligendo zu beschränken. Es liegt jedoch nach unserer Ueberzeugung gar nicht die eigentliche culpa in eligendo vor, sondern die, welche nach dem schädlichen Erfolge bemessen wird (vgl. § 7). Interessant ist, dass bereits die Glosse zu dieser Ansicht vorgedrungen ist. Sie bemerkt zu den in Rede stehenden Worten: „*Quod ex postfacto apparet*“; der schliessliche Ausgang ist es, der über die Haftung entscheidet. Gehaftet wird „*quia mala electio est in culpa*“¹⁾. Die Glosse präsümiert also ein Verschulden desjenigen, der einen zur Erfüllung seines Auftrages unfähigen Boten sendet, und rettet auf diese Weise das Culpaprinzip. Darum wird sie sich nicht bewusst, dass sie thatsächlich eine Haftung ohne Schuld, eine unbedingte Haftung anerkennt.

Während also die Digesten die Ansicht der Majorität der Schriftsteller nicht rechtfertigen, gelangen wir

1) Vgl. auch Bartolus zur l. 10 § 1 D. h. t.

doch zu derselben auf Grund der Basiliken. Hier heisst es ¹⁾: . . . εἰ μὲν ἐγὼ εἶπον διὰ τοῦ ἀπολέσαντος πεμφθῆναι, ἐμὲ ὁρᾷ ἡ ἀπώλεια· εἰ δὲ μὴ, τὸν πέμψαντα· ὑπόκειται γὰρ ῥαθυμία. Die letzten Worte beweisen, dass der Commodatar nur wegen culpa d. h. culpa in eligendo haftbar gemacht werden soll. Ganz zweifellos wird diese Annahme durch ein Scholion zu τὸν πέμψαντα: „τοῦτο νόησον, εἰ μὴ διὰ χρησίμου οἰκέτου καὶ ἐπιτηδείου ἔπεμψε τὸ πρᾶγμα ὁ χρησάμενος“. Χρήσιμος und ἐπιτήδειος sind sicherlich vom Standpunkte des Commodatars aus zu verstehen: ein nach seiner Meinung tauglicher Sklave. Das Scholion will nämlich zum Text eine Ausnahme hinzufügen. Natürlich trifft den Commodatar hierfür die Beweislast. Er kann aber nur beweisen, dass er einen Sklaven sandte, von welchem er annehmen durfte, er werde sich bewähren, nicht auch, dass er sich thatsächlich bewähren werde. Sind die Digesten so von ihren ersten Interpreten verstanden worden, so haben wir dem zu folgen.

Hieran schliesst sich endlich l. 20 § 2 D. praescr. verb. 19, 5. Ein Kauflustiger lässt sich silberne Gefässe ins Haus schicken, sie gefallen ihm nicht, er lässt sie zurückgehen, und dabei kommen sie abhanden. Der Händler soll, so respondiirt Ulpian, den Schaden tragen. Darauf aber fährt der Jurist fort: certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait. Uebersetzt man certe mit „sicherlich“, wie es Burchardi thut, oder mit „übrigens“, so ergäbe sich ein Widerspruch mit dem Vorhergehenden. Ubbelohde S. 258 und Baron ²⁾ z. B. nehmen daher mit Recht an, dass „certe“, wie öfters ³⁾, eine restringierende Bestätigung ausdrücken solle; hierzu

1) Basil. XIII, 1 h. l.

2) Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 261 N. 103 und S. 263.

3) Vgl. die Nachweise bei Ubbelohde S. 258.

führen auch die Basiliken, welche lesen: ἐνέχῃ δὲ καὶ ἀπὸ ἀμελείας . . . Baron findet in dem mit certe beginnenden Satze eine wirkliche Verbesserung, Ubbelohde und die Mehrzahl der Autoren meinen, es sei die vorhergehende Ausführung vorzuziehen und als Princip anzusehen. Zur Begründung führt Goldschmidt S. 317 an, dass nicht jede culpa des Gehilfen eine solche des Schuldners sei, und es sich doch um des Letzteren Haftung drehe. Ich halte dies für richtig und glaube daher, dass im Satze mit certe eine culpa in eligendo zu ergänzen ist¹⁾. Cuiacius ist auf Grund einer wörtlichen Interpretation der Stelle entgegengesetzter Ansicht²⁾.

§ 6.

Die Haftung des Mieters, Verkäufers und Pfandgläubigers.

Eine Anzahl von Fragmenten, welche von der locatio conductio rei handeln, sprechen die Verantwortlichkeit für Verschulden in der Wahl oder Ueber-

1) Anderer Meinung ausser Baron Leonhard S. 353 f., Rang S. 33 und Burchardi S. 101 ff. Letzterer nimmt zur Erklärung fälschlicher Weise auf l. 17 § 2 praescr. verb. Bezug, wo von ad inspiciendum dare, taxieren, die Rede ist, anstatt auf l. 17 § 1 eod. Hier sind Kauflustiger und Verkäufer darin einig, dass jener die ihm eingehändigten Ringe zurückgeben, oder den ausgemachten Schätzungspreis zahlen muss. Ist hierzu von keiner Seite eine specielle Aufforderung ergangen, so trifft derselbe Ulpian die nämliche Entscheidung hinsichtlich der Haftung des Empfängers der Waare, wie in unserer Stelle: si neuter nostrum [rogavit], sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Beidemale ist der Grund der milden Haftung des Schuldners, dass wesentlich der Gläubiger den Vorteil aus dem Rechtsverhältnisse hat (vgl. Arndts Pandekten § 221 N. g). Es ist in den Worten der l. 20 § 2 cit.: „eius quoque causa“ das „eius“ zu betonen, nicht, wie Burchardi will, das „quoque“.

2) Cuiacius, Opera VII 841C.

wachung der Gehilfen aus. So l. 11 pr. D. loc. 19, 2. Sie will dem Pächter gesetzlich die culpa servi und alles anderen Gesindes, welches er im Hause hält, suo nomine zur Last legen, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass er eine culpa in inducendis beging, indem er derartige Leute dauernd oder vorübergehend beschäftigte. Sehr zutreffend erläutert Donellus¹⁾: . . . in quibus inducendis culpam admisit, cum dubios eorum mores nosse posset, et hi quid sustulerunt aut damni dederunt. Die culpa des Pächters stellt sich als ein Verstoss gegen seine Pflicht zur Custodia dar, welche darin besteht, soweit wie möglich, Schaden durch Dritte zu verhüten. Der Pächter haftet wegen culpa in custodiendo²⁾. Indessen gehen Brinz und Rang S. 55 f. weiter und meinen, es werde von dem Juristen eine strengere Haftung ausgesprochen, da die Schuld der Leute als eigne Schuld des Pächters gelte. Letzteres ist aber nur für den Fall richtig, dass die eigene Culpa des Pächters hinzutritt; es wird demselben eine doppelte Schuld beigemessen, jedoch keine höhere Verantwortlichkeit auferlegt³⁾.

Sehr deutlich sagt l. 27 § 29 D. ad leg. Aqu. 9, 2 von den servi des Pächters, welche die Aufgabe hatten, bei dem Ofen zu wachen, allein durch mangelhafte Wachsamkeit einen Brand der villa herbeiführten, er müsse für dieselben einstehen: si negligens in eligendis ministeriis fuisset. Das Fragment spricht also von einem Sichvergehen der servi innerhalb der ihnen zugewiesenen Beschäftigungen, welches den Gegencontrahenten des dominus schädigt. Hierin liegt zweifellos eine Contracts-

1) Commentarii iuris civilis (in: Opera ed. Hilliger, Lucae 1762) II 846 sub IV in fine.

2) Vgl. namentlich Brinz II S. 282; auch Baron Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 75.

3) Allerdings ist die Stelle insofern von Bedeutung, als sie den Uebergang zur folgenden Gruppe vermittelt. Es erscheint das subjective Moment der Verschuldung des Herrn nicht mehr allein.

verletzung und nicht ein Delikt¹⁾. Für das Gegenteil muss man sich hinsichtlich der l. 27 § 11 eod. entscheiden, welche von manchen Schriftstellern²⁾ als Fall einer Contractsverletzung aufgefasst wird. In dem genannten Fragmente wird uns nur mitgeteilt, dass die Sklaven des colonus die villa eingeäschert haben. Doch dieses eine Moment genügt, um uns erkennen zu lassen, dass wir einen directen Verstoss gegen die den Sklaven gestellte Aufgabe vor uns haben. Mit der Brandstiftung setzen sich die servi über den ihnen angewiesenen Wirkungskreis hinweg; die That ist nicht innerhalb desselben, nicht in Ausführung der ihnen aufgetragenen Geschäfte verübt. Demnach ist das in Rede stehende Fragment in eine Behandlung der Frage der aussercontractlichen Haftung für Gehilfen zu verweisen³⁾.

Ferner gehört in diese Reihe l. 12 (11) D. peric. et comm. 18, 6, welche mit wünschenswerter Deutlichkeit die Haftung des Verkäufers für die verkaufte, aber noch nicht tradierte Sache auf eigene Culpa in Ueberwachung derselben beschränkt⁴⁾. Weiter geht

1) Anderer Ansicht ist z. B. Sintenis, Civilrecht II § 102B, Stintzing im Arch. f. civ. Pr. Bd. 81 S. 441 N. 26.

2) So Ubbelohde S. 216 in seiner ersten Gruppe der Quellenstellen. Goldschmidt S. 304 f.

3) Rang S. 57 findet in diesem und dem vorher besprochenen Fragment die unbedingte Haftung des colonus ausgesprochen. Der Schluss der l. 27 § 9 bewaise, dass der Sklave nicht besonders schläfrig gewesen sei, weswegen den Herrn eine culpa in eligendo nicht treffen könne. Gegen diese unzutreffende Ansicht lassen sich die Worte der Glosse ins Feld führen: naturali vitio quandoque non parcitur. Ausserdem beweisen die von Rang angezogenen Worte, dass der Jurist nicht sowohl auf das Einschlafen Wert legt, als auf die Thatsache, dass keine Vorsichtsmassregeln getroffen waren und das Feuer nicht ausgelöscht wurde.

4) Merkwürdiger Weise wurde diese Stelle von den Juristen des vorigen und vorvorigen Jahrhunderts, wie v. Leyser Vol. I spec. 47 sub IX, Philippi, Observationes ex decis. elect. Sax.

Brinz S. 282, welcher wiederum die Schuld der Leute dem Verkäufer als eigene anrechnen will. Dem steht jedoch das Fragment selbst im Wege mit den Worten: *neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit*¹⁾. Auch die Erklärung von Donnellus²⁾, der Verkäufer habe *diligentia exacta* zu prästieren und sei bloss von der Vertretung des Zufalls frei, ist mit den eben citierten Worten nicht zu vereinbaren. Sie ist denn auch von niemandem adoptiert worden.

Schliesslich ist wohl der *Pfand contract* hierher zu rechnen; denn in l. 19 C. de pignor. 8, 13 (14) heisst es: *Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur*³⁾. Nach Baron's Meinung lässt die Stelle den creditor für *omnis culpa* und für *casus* haften und befreit ihn einzig und allein von der Vertretung der *vis maior*. Doch ist es sehr zweifelhaft, ob man so weit gehen darf; die meisten Schriftsteller thun dies nicht.

decis. 79 Ob. 1, Dorn, Versuch § 167, als zur aussercontractlichen Haftung des Schuldners gehörig angesehen. Derzeit ist, soweit ich sehe, niemand mehr dieser Ansicht.

1) Stintzing im Arch. f. civ. Pr. Bd. 81 S. 441 f. sieht in der Stelle das Princip ausgesprochen, welches das römische Recht beherrschen soll: es besteht keine Haftung des dominus für die Schuld der Leute, sondern es wird als seine Schuld angesehen, wenn diese sich vergangen haben. Nur das stehe in Frage, ob objectiv das zu erzielende Resultat mit der erforderlichen Energie und Sorgfalt angestrebt sei. — Hiergegen sprechen l. 10 § 1 und l. 20 D. comm. 13, 6, welche letztere Stelle Stintzing nicht berücksichtigt.

2) Commentarii III 776.

3) Ganz ähnlich l. 13 § 1 D. de act. pign. 13, 7. Cuiacius IX 1123E und 1124A.

b. Scheinbar durch culpa in eligendo bedingte, thatsächlich unbedingte Haftung des Schuldners.

§ 7.

Bei einem Vergleiche der l. 20 D. comm. 13, 6 mit Fragmenten, wie der l. 60 § 7 D. loc. 19, 2 fiel uns zuerst der verschiedene Standpunkt, von welchem aus die römischen Juristen die culpa in eligendo bemessen, auf. In jenem Fragmente wird der Commodatar von jeglicher Verantwortung freigesprochen, wenn er für die Rücksendung der Sache einen Sklaven wählte, von dem jedermann nur eine gute Erledigung der ihm gestellten Aufgabe hätte erwarten können. In diesem Fragmente dagegen soll der Herr das Verschulden seines Sklaven einfach deswegen vertreten, weil derselbe von ihm ausgesucht wurde und dem Gegencontrahenten Schaden stiftete. Ueber die nähere Qualification des Sklaven enthält die Stelle nichts. Der Grund der Haftung ist also nicht, wie vorhin, ein Verschulden des Herrn, sondern die Thatsache der Schadenstiftung. Es liegt auf der Hand, dass hiermit der Schadensersatz von dem dominus nicht wegen eines zurechenbaren Verschuldens gefordert wird; denn ein solches kann sich nie auf einen ausserhalb der Person des Haftenden liegenden Umstand gründen.

In der Literatur fand ich dieses verschiedene Auftreten der culpa in eligendo allein bei Brinz und Rang ausgiebig verwertet¹⁾. Brinz führt aus²⁾, es erscheine die culpa in eligendo in den Quellen oft als etwas ipso facto oder ex post bewiesenes.

1) Ob Rang von Brinz abhängig war oder nicht, entzieht sich der Feststellung, da Brinz von ihm in dieser Materie merkwürdiger Weise überhaupt nicht citiert wird. — Eine Andeutung auch bei Leonhard S. 362 N. 6.

2) Pand. II § 270 N. 7. Gegen ihn polemisiert, m. E. ohne Glück, Wendt Pandekten S. 558.

Aeusseres Erkennungsmerkmal sei, dass derartige Stellen zuerst die Haftung des Verpflichteten angeben und erst dann als Begründung die Wahl eines solch unfähigen Menschen. Wie richtig die Aufstellungen von Brinz sind, wird sich uns bei der näheren Betrachtung der hierher gehörigen Quellenstellen ergeben.

Wir erwähnten bereits die l. 60 § 7 D. loc.; sie lässt den Herrn ohne weiteres für einen von ihm vermieteten Maultiertreiber haften, welchen er nach eigenem Gutdünken hingab, ohne dass der Mieter auf die Wahl eines Bestimmten angetragen hätte. Der Hauptstreit dreht sich um die Worte: *illam quoque culpam me tibi praestaturum aio*. Man ist jetzt zwar darüber einig¹⁾, dass „*illam*“ sich auf den Vermieter, und nicht auf den Sklaven bezieht, allein eine Mehrzahl von Schriftstellern²⁾ ist der Meinung, es handle sich bei *culpam*, *quod elegissem* um die eigentliche, wahre culpa in eligendo. Goldschmidt übersetzt: „Das Verschulden auch nach der in diesem (nicht im vorherigen) Falle in Betracht kommenden Richtung der Auswahl unter mehreren“. Dass aber eine schlechte Wahl stattgefunden hat, nimmt der Jurist bloss auf den Erfolg des Handelns des Sklaven, das Zugrundegehen der Maultiere, hin an. Nirgends ist in der Stelle gesagt, dass der Vermieter von vornherein eine andere, passendere Wahl hätte treffen müssen. Vielmehr ist die Annahme, dass der Sklave nach der Meinung des Vermieters zu dem Geschäft tauglich war, vollkommen erlaubt³⁾. Die Quellen behan-

1) Anderer Meinung war z. B. Burchardi S. 129.

2) Goldschmidt S. 306, Windscheid Pand. II § 401 N. 5, Leonhard S. 360 N. 2 u. 3 und Text dazu. Der Letztere führt zur Begründung an, dass die schädigende Handlung des *mulio* nicht sowohl unter der Aufsicht des Vermieters, als unter der des Mieters stattgefunden habe. Von einer „Aufsicht“ enthält indess die Stelle keine Silbe.

3) Burchardi an dem unter 1) angeführten Orte, Ubbelohde S. 281 f., Rang S. 59 f.

deln sonach die *locatio servi* anders, wie die gewöhnliche *locatio rei*.

Weiter ist die l. 20 (21) § 3 D. neg. gest. in diese Kategorie zu rechnen, deren wir bereits oben S. 12 gedenken mussten. Der *negotiorum gestor* soll für den ganzen vom Substituten gestifteten Schaden aufkommen: weil er ihn unsorgfältig gewählt habe¹⁾. Schon die Glosse und Cuiacius haben das Fragment ganz richtig aufgefasst, wenn sie sich auch der Tragweite ihrer Auffassung nicht bewusst waren. Die Glosse bemerkt nämlich: *punitur, qui male eligit*; sie wähnt, es würden durch die so bestimmte Haftung nur Schuldige betroffen, sie stempelt dieselbe zu einer Sühne. Von der gleichen Vorstellung ist Cuiacius beherrscht, wenn er ausführt²⁾: *omnimodo [teneri], ut mihi damnum praestes, quod dolo vel culpa Titii admissum est in rebus meis, quia imprudenter eum elegisti: imprudentia culpa et in iudicio negotiorum gestorum non tantum dolus venit, sed etiam culpa, negligentia, imprudens electio*³⁾.

Besonders bestritten ist, welche Stellung zwei Fragmenten über Gemeinschaftsverhältnisse einzuräumen sei. In l. 45 § 1 D. fam. erc. 10, 2 ist die Schuld des Herrn, dass er keinen geeigneten Sklaven für die Verwaltung der gemeinsamen Sache bestellt hat, wohl keine wirkliche. Dies hat bereits klar Cuiacius erkannt⁴⁾: *ut*

1) Es war nötig, auf dieses Fragment hier nochmals zurückzukommen, da die Rechtfertigung der oben versuchten Auslegung erst an dieser Stelle gegeben werden konnte.

2) Opera VII 131B ff.

3) Der *negotiorum gestor* kann natürlich nicht allein Substituten, sondern auch Gehilfen zuziehen, ja unter Umständen ist er hierzu gezwungen, um das Geschäft in einer für den dominus vorteilhaften Weise zur Perfection bringen zu können (vgl. das Urteil des O.A.G. Dresden von 1867 in Seuff. Arch. XXII No. 42). Quellenstellen über diesen Fall existieren nicht.

4) Opera VII 502C.

dolus quilibet servi coheredis proprii non veniat in actionem familiae erciscundae nisi culpa coheredis, vel dolo servus furtum fecerit, ut quia servum non idoneum praeposuit rei communi. Man muss das Fragment notwendig übersetzen: nur bei vorliegender Schuld des Miterben kommt der Dolus seines Sklaven in Betracht, weil er dann einen ungeeigneten Sklaven bestellt hat. Eine solche Schuld aber, welche von dem Verhalten eines Andern abhängig ist, ist thatsächlich keine Schuld¹⁾.

In l. 23 pr. D. pro socio 17, 2 beseitigt Ulpian den Zweifel des Pomponius, ob der Socius seinen Mitsocii für den von ihm auf eigene Faust aufgenommenen Gesellschafter bloss auf Klagencession oder auf Ersatz des von dem Letzteren gestifteten Schadens mit eigenen Mitteln hafte, dadurch, dass er die zweite Alternative adoptiert: quia difficile est negare culpa ipsius admissum. Zunächst ist die Behauptung von v. Wyss²⁾ zu verwerfen, dass das Fragment von socii und nicht von Gehilfen rede. Der Zugezogene wird grade nicht socius, sondern arbeitet nur für den socius admittens, kann also in Gesellschaftsangelegenheiten nur auf dessen Anweisung, abhängig von ihm, thätig werden³⁾. Des weiteren hat der Satz mit quia einzelne Schriftsteller, wie Goldschmidt S. 318, dazu verführt, eine culpa in eligendo auf Seiten des aufnehmenden Socius zu unterstellen. Die lex enthält von einer solchen ebensowenig etwas, wie l. 60 § 7 loc. Andere bemühen sich, aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags eine Schuld des admittens herzuleiten. Wie kein zweiter Vertrag, so sagen sie, ist die Societät auf die Persönlichkeit der Contrahenten

1) Anderer Meinung Goldschmidt S. 318.

2) Haftung für fremde Culpa S. 111 f.

3) Leonhard S. 358. Warum dieser Schriftsteller den Zugezogenen durch den admittens geradezu beaufsichtigen lässt, ist nicht abzusehen.

basiert, auf ihre eigne Thätigkeit ist beim Abschlusse des Vertrags gerechnet worden. Demnach ist es ein Missbrauch des ihm geschenkten Vertrauens, wenn ein Socius einen Dritten an Gesellschaftsgeschäften participieren lässt¹⁾. Gegen diese Auslegung hat sich zuerst Jhering gewendet und er führt mit Recht aus²⁾: „Wer ohne Mitwissen seiner Gesellschafter eine dritte Person in die Gemeinschaft aufnimmt, haftet ihnen schlechthin für deren Handlungen, er trägt das periculum seiner Wahl. Einer culpa in eligendo von seiner Seite bedarf es also zu diesem Zwecke nicht; gleichwohl rechtfertigt Ulpian in l. 23 pr. diese Haftung durch den Gesichtspunkt der culpa: quia difficile . . . — was sich nicht so verstehen lässt, als ob schon der Abschluss einer neuen Societät als solcher eine Pflichtverletzung enthalte; der Socius thut nichts, was er nicht thun durfte — sondern nur so, dass er den ungünstigen Ausgang zu vertreten hat“. An Jhering hat sich Ubbelohde S. 282 ff. angeschlossen; insbesondere weist er nach, zu welchen Unzuträglichkeiten es führen würde, wollte man stets den Consens der übrigen socii verlangen, wenn ein socius einen Sondergesellschafter annehmen will³⁾.

In der Reihe der Quellenstellen, die wir soeben betrachtet haben, spricht sich also thatsächlich die unbedingte Haftung des Schuldners für ein

1) So v. Wyss a. a. O., Burchardi S. 53 ff., Hasse, Culpa S. 248, Windscheid II § 401 N. 4 und § 406 sub 2.

2) In seinen Jahrb. IV S. 38.

3) Auch Brinz § 270 sub 2 und Rang S. 33 f. sind dieser Ansicht. Allerdings wird man dem Letzteren darin nicht beitreten können, wenn er die Zulässigkeit der Gehilfenzuziehung direct in l. 16 pr. pro socio ausgesprochen findet. In diesem Fragmente ist vielmehr von Substitution, von Eintreten in alle Rechte und Obliegenheiten des Socius die Rede (per alium administrare). Sie wird überdies nur unter besondern Umständen für statthaft erklärt.

zurechenbares Verschulden seiner Gehilfen aus. Es widerstrebte den römischen Juristen aber, offen mit dem Princip: keine Haftung ohne Schuld, zu brechen. Darum construierten sie sich eine Culpa des Schuldners in der Weise, dass sie demselben das schuldvolle Handeln seiner Leute als eigne Culpa anrechneten, den von seinen Leuten bewirkten schädlichen Erfolg als durch sein Verschulden bewirkt ansahen, mochte auch ein solches in concreto nicht nachweisbar sein¹⁾.

e. Die ausgesprochen unbedingte Haftung des Schuldners für seine Gehilfen.

§ 8.

In dieser Kategorie ist die l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1 aufzuführen. In l. 64 h. t. war gesagt worden, der Usufructuar habe ein Recht darauf, sich seiner Reparaturpflicht durch Aufgeben des Niessbrauchs zu entledigen. Diese Befugnis, so fährt unser Fragment fort, fällt jedoch weg, wenn eine Deterioration des Niessbrauchsobjects „suo suorumque facto“ bewirkt worden ist; denn der Usufructuar ist verpflichtet, die Sache so zu behandeln (und behandeln zu lassen), wie ein diligens paterfamilias seine eigene Sache behandelt. — Das „que“ in den citierten Worten ist jedenfalls disjunctiv zu verstehen, wie in der gleich zu besprechenden l. 25 § 7 D. loc.; denn es hat gar keinen Sinn und ist auch sprachlich unzulässig, die Partikel zu pressen und eine Schuldhäufung anzunehmen²⁾. Vielmehr hat der Usufructuar,

1) Gegenüber dieser Auffassung von Brinz und Jhering sieht Rang die Anstellung des Gehilfen seitens des Schuldners als entscheidend an. Der Letztere habe alle sich aus jener ergebenden Consequenzen zu tragen.

2) Lehmann Zeitschr. d. Savignystift. N. F. IX rom. Abteil. S. 119. Beschädigungen, welche der Herr zusammen mit seinen Haus- oder Gewaltuntergebenen anrichtet, werden überdies eine

wie die eigenen Handlungen, so auch die seiner Untergebenen, dem Proprietar gegenüber unbedingt zu vertreten. Diese Auffassung hat schon Donellus¹⁾ verfochten. Nachdem er ausgeführt hat, dass der Niessbraucher die Niessbrauchsache sorgsam vor Dieben zu bewahren habe, fährt er fort: *Damna a domesticis, ac non a se tantum illata praestat usufructuarius l. 65, nempe propter eandem curam et diligentiam, quam ab eo exigimus. Providere enim potuit, ne a domesticis inferrentur. Potuit eos nosse.* Demgegenüber behauptet Ubbelohde²⁾, die Stelle enthalte nichts weiter, als dass der Usufructuar die Verantwortlichkeit für Handlungen tragen müsse, welche er als *bonus paterfamilias* hätte verhindern können. Er hafte also nur im Falle eigener Culpa. Hiergegen ist zu bemerken, dass ein Satz mit *enim* immer etwas begründet und keinesfalls an dem, was begründet werden soll, etwas zu ändern vermag. Dass der Pächter nach l. 11 pr. loc. milder haftet, verschlägt gegen die versuchte Auslegung nichts; denn mit jenem verglichen sind die Rechte des Usufructuars erheblich grösser, und entsprechend sind ihm grössere Verpflichtungen, wie die *stipulatio usufructuaria*³⁾, auferlegt. Demnach ist es sehr wohl möglich, dass ihn das römische Recht hinsichtlich der Haftung für seine Untergebenen ebenfalls ungünstiger stellt, wie den Pächter.

Die weiteren Fragmente, welche zu dieser Gruppe

grosse Seltenheit sein, und anders kann „factum“ nicht verstanden werden. Donellus (Comment. III 111 sub X) ist denn auch in diesen Fehler nicht verfallen.

1) Der gleichen Ansicht huldigen Burchardi S. 107, Leonhard S. 358, Rang S. 31 f., Dernburg Pand. I § 248 sub 2.

2) S. 220 ff. Ihm folgt Goldschmidt S. 304. Auch Windscheid Pand. II § 401 N. 5 steht auf diesem Standpunkte und wirft dem Verfasser des Fragments ungenaue Ausdrucksweise vor.

3) Vgl. oben § 1 S. 2. Leonhard S. 358.

gehören, beziehen sich sämtlich auf die *locatio conductio operis*. Als Hauptstelle galt von jeher die l. 25 § 7 D. loc., und um sie hat sich auch ganz besonders der Streit gedreht. Sie behandelt den Transport einer Säule, welcher jemandem verdungen ist. Auf dem Wege lassen die Träger die Säule fallen, und dieselbe zerbricht. Der Unternehmer soll nun dem Vermieter haftbar sein: *si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit*. Eine Culpa ist aber nicht anzunehmen, wenn alle Vorkehrungen, wie sie ein peinlich sorgsamer Mann trifft, getroffen worden sind. Schliesslich spricht Gaius die Verwendbarkeit seiner Entscheidung in anderen Fällen aus. — Auch in dieser Stelle hat man, wie in der vorigen, das „que“ gepresst¹⁾ und den Unternehmer nur in dem Falle haften lassen, wo eine Schuld auf seiner Seite mit einer der Gehilfen zusammentrifft. Die erstere könnte allerdings, wenn man ein solches Vorgehen für zulässig erachtete, im Gegensatze zur vorigen Stelle als culpa in eligendo gedacht werden. Das geschilderte Verfahren wird jedoch durch die Natur der Partikel „que“ nicht gerechtfertigt²⁾, ja es wird durch die Fassung der Basiliken unmöglich gemacht. Dieses Gesetzbuch bestimmt³⁾: Ἐάν τις ἐπὶ τῷ μετακομίσαι μισθώσῃται κίονα, καὶ κλασθῇ . . . , οὐκ ἐνέχεται, εἰ μὴ ἀπὸ ἀμελείας οἰκείας καὶ (scilic. ἀπὸ ἀμελείας) τῶν ὑπουργούντων αὐτῷ. Hier wird, weit klarer als in den Digesten, gesagt: der Unternehmer haftet: erstens wegen eigener Nachlässigkeit und zweitens wegen derjenigen seiner Leute. Ein Zweifel sollte bei dieser

1) So namentlich Goldschmidt S. 352 ff. und Windscheid II § 401 N. 5.

2) Vgl. Lehmann an dem S. 31 N. 2 citierten Orte.

3) In Heimbach's Ausgabe Band 2 S. 352.

Sachlage ausgeschlossen sein ¹⁾ ²⁾. Zum Ueberflusse lässt sich noch nachweisen, dass „que“ in den Quellen auch die Bedeutung einer *coniunctio disiunctiva* hat, was namentlich aus l. 29 V. S. hervorgeht ³⁾. Auch ist Scholion 7 der Basiliken bereits *disiunctiv* gefasst.

Viel Anstoss nehmen die Gegner ⁴⁾ weiter an dem Satze *culpa autem abest*. Sie behaupten, derselbe könne sich auf die Angestellten des Unternehmers nicht beziehen, weil deren Rechtslage nicht erörtert werden solle, oder weil *diligentissimus quisque* sich nicht auf mehrere Personen beziehen könne. Was die letztere Begründung anlangt, so ist nicht einzusehen, warum der Herr und seine Leute nicht Vorkehrungen treffen können, wie man sie von „einem sehr sorgsamem Manne“ verlangen darf. Der in Rede stehende Satz schliesst sich unmittelbar an „*si qua ipsius eorumque . . . culpa accideret*“ an; also ist vermutlich *culpa autem* deswegen ohne nähere Bestimmung geblieben, weil diese grade vorausging. Der Satz giebt an, wann der entstandene Schaden dem *locator* zur Last fallen solle und nicht dem *conductor*. Der eine dieser Fälle ist die Abwesenheit einer Schuld der Leute bezüglich des entstandenen Schadens ⁵⁾.

Vor allem aber spricht der ganze Zusammenhang der Stelle entschieden gegen eine Haftung des *redemptor*

1) Goldschmidt a. a. O. übersetzt den Satz *εἰ μὴ . . .* unrichtig mit „*nisi ex sua et eorum, quorum opera uteretur, culpa*“, sodass keine Aenderung gegen den Text der Digesten entsteht. Es muss aber heissen: *nisi ex sua culpa et (scil. ex culpa) eorum, quorum opera uteretur*.

2) Vgl. auch Dernburg Pand. II § 38 N. 8, besonders gegen die Ansicht Windscheid's, dass die Stelle ungenau rede.

3) Diese Stelle ist zuerst vom R.O.H.G. XIII S. 77, nicht, wie Rang S. 31 N. 2 anzunehmen scheint, von Leonhard herangezogen worden. In dem Urteile siehe auch die weiteren Beweistellen.

4) So zuerst Hasse, *Culpa* S. 94.

5) Brinz Pand. II § 270 N. 6.

für blosse culpa in eligendo. Hätte Gaius eine solche statuieren wollen, so wäre es gar nicht zu verstehen, weshalb er die Schuld der Leute zur Voraussetzung der Haftung des Unternehmers machte, da des Letzteren culpa doch einzig und allein entscheidend wäre¹⁾. Des weiteren hätte es, worauf Lehmann a. a. O. aufmerksam macht, des Satzes culpa autem nicht bedurft, um einen so geläufigen Begriff, wie den der culpa levis, zu bestimmen²⁾. Ueberdies gehe aus dem Schlusssatze hervor, dass Gaius in seiner Entscheidung etwas neues und besonderes aufstellen wollte³⁾.

Schliesslich müssen wir noch eines Gegners gedenken, welcher, wenn nicht ausschliesslich, so doch vorzugsweise aus inneren Gründen es für unmöglich hält, dass Gaius die unbedingte Haftung des Werkmeisters habe aussprechen wollen. Hasse nämlich stellt⁴⁾ den allgemeinen Grundsatz auf, dass jedermann, der eine Sache verderben lässt, welche aus irgend einem Grunde eine besonders vorsichtige Behandlung verlangt, sich als untüchtiger Mensch erweise, wenn er nicht schon ein solcher war. Demnach könne die l. 25 § 7 nicht etwas eigentümliches über die Præstation enthalten. — In der Literatur habe ich vergeblich nach einer Widerlegung

1) Ubbelohde S. 276 f., Leonhard S. 353, Rang S. 30 f. in engem Anschluss an Ubbelohde. Abicht, Haftung des Uebernehmers bei einer Werkverdingung 1891 S. 23.

2) Demgegenüber erscheint mir die Behauptung von Meili (Das Telegraphenrecht S. 75): „wenn ein römischer Jurist in solchem Zusammenhange von culpa sprach, so meinte er eben die culpa in eligendo, ausgenommen er rede von bekannten, singulär anders geordneten Rechtsverhältnissen“ wenig glaubhaft. Hiergegen vgl. auch Dernburg Pand. II § 38 N. 8 a. E.

3) So auch Abicht S. 23. Für Baron (so noch in seiner neuesten Abhandlung im Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 258 f.) ist der Superlativ diligentissimus der Hauptgrund, weswegen er die unbedingte Haftung ausgesprochen findet.

4) Lehre von der Culpa S. 94.

H a s s e's gesucht, und doch! ist eine solche unschwer zu geben. Der Grundsatz H a s s e's erscheint zwar als richtig, wenn man die Haftung des Unternehmers und die der Gehilfen gegenüber dem Besteller gesondert, jede für sich, betrachtet, er beweist aber nichts für die Haftung des Unternehmers für seine Gehilfen. Denn wenn die Letzteren die Sache nicht mit der Vorsicht behandeln, wie sie der Meister angewandt hätte, und die Sache verdorben wird, so kann darum dem dominus noch nicht der Vorwurf der Untüchtigkeit, und somit eines Verschuldens, gemacht werden. Vielmehr wird ein solches Ereignis für den dominus als casus anzusehen sein. Deswegen ist der H a s s e'sche Grundsatz für das Rechtsverhältnis zwischen dominus und Gehilfen einerseits, und dem Gläubiger andererseits, nicht verwendbar.

Die zweite Stelle, welche die unbedingte Haftung des conductor operis direct ausspricht, ist die l. 41 D. l o c. Den Gegenstand des Werkverdingungsgeschäftes bildet hier die gegen Entgelt vergebene Custodia. Voraussetzung der Haftung soll die Möglichkeit der Bewachung gegen Eingriffe Dritter, oder eine Beschädigung seitens des Wächters selbst sein. Donellus geht bei der Interpretation des Fragmentes ¹⁾ davon aus, dass der Werkmeister diligentia diligentissimi zu prästieren habe. „Quae res facit, ut quidquid humana diligentia provideri potuit . . . , si provisum non est, et res periit, aut deterior facta est, huius culpa et negligentiae periculum conductor praestet. Exemplo res est furto ablata: quam placet conductori amitti . . . Quippe furtum diligenti custodia adhibita vitari potest“. Wir brauchen nur die diligentia diligentissimi mit der technischen custodia zu vertauschen und wir haben eine vollkommen richtige und höchst feinsinnige Erklärung

1) Comment. III 840.

der Stelle vor uns. Rang (S. 32 N. 5) zwar hält das Fragment nicht für beweiskräftig; es sei nicht ausgeschlossen, meint er, dass unter custos der Werkmeister selbst zu verstehen sei. Dem widerspricht, glaube ich, das „custodiri“. Während zuerst der Werkmeister Subject ist, wird von „sed“ an die Construction passivisch, und dann folgt als neues Subject der Wächter. Ein derartiger Wechsel der Construction wäre höchst auffallend, wenn es die Intention des Juristen gewesen wäre, das frühere Subject beizubehalten. Windscheid ferner ¹⁾ sieht als Grund der strengen Haftung die durch den Vertrag übernommene gesteigerte Fürsorge an. Wie aber Leonhard ²⁾ mit Recht hiergegen ausführt, kann die besondere Uebernahme der Custodia (und damit die gesteigerte Haftung) zwar als Nebenvertrag zu einem andern Vertrage hinzutreten; dies ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Custodia selber den Inhalt des Vertrages bildet, wie in unserem Fragmente. Damit ist auch die, beispielsweise von Goldschmidt S. 357 vertretene, Ansicht widerlegt, nach welcher es sich in l. 41 nicht um eine locatio operis handelt, da aus der l. 5 pr. D. nautae 4, 9 folge, dass bei diesem Contract der Entgelt grade nicht für die custodia entrichtet werde. Die Uebernahme der Custodia tritt eben in letzterem Fragmente zu der Hauptleistung des traicere hinzu, sie bildet eine Nebenabrede.

Im übrigen ist es den Gegnern, welche ebenso wie bei der vorigen Stelle die Minderheit bilden, schwer gefallen, die ausgesprochen unbedingte Haftung des conductor wegzuinterpretieren. Ebensowenig, wie bei der l. 25 § 7, so meint v. Wyss ³⁾, ist man hier berechtigt,

1) Pand. § 401 N. 5. Ebenso Goldschmidt S. 357 f.

2) S. 354 N. 5; ihm schliesst sich hierin Rang S. 32 an.

3) Haftung S. 99 f. Im Resultate übereinstimmend Abicht S. 26.

den Juristen schlechthin beim Worte zu nehmen. „Gewiss will er nur andeuten, dass in diesem Falle die Annahme eigener Schuld des conductor ganz besonders nahe liege(!), aber es widerspräche seiner practischen Intention, den Satz abstract zu urgieren“¹⁾. Meili stellt die Behauptung auf²⁾, die Stelle könne auch von den horrearii verstanden werden; doch ist ihm mit Recht niemand gefolgt.

Den beiden eben behandelten Stellen steht l. 13 § 1 D. loc. nicht im Wege, weil dieselbe, wie oben S. 12 erwähnt, von einem Substituten spricht, und für diesen die Haftung für culpa in eligendo nur angemessen ist.

Hieran reiht sich die l. 13 § 5 D. loc. Unter faciens — auf diesen Begriff kommt es allein in der Stelle an — ist notwendig der Contrahent und der Gehilfe zu verstehen, und nicht der Contrahent allein. Denn im weiteren Fortgang der Stelle wird der Letztere mit artifex bezeichnet³⁾. Wird also — dies lehrt das Fragment bei unserer Auffassung — durch des einen oder anderen Ungeschicklichkeit der Edelstein zerbrochen, so kann der locator operis auf Ersatz klagen⁴⁾. Freilich wird von Dreyer S. 105 bestritten, dass die imperitia dem faciens zur Schuld angerechnet werden solle; der faciens hafte vielmehr, bloss weil er den Schaden veranlasst habe. Allein bereits Unterholzner hat

1) Vgl. dagegen Ubbelohde S. 278 f., Dreyer S. 66 N. 59.

2) Telegraphenrecht S. 78.

3) Dieselbe Bezeichnung findet sich in l. 22 § 2 loc. und in l. 31 D. de solut. 46, 3, sodass wir in Anbetracht der wenigen Stellen, die uns über diese Fälle der locatio operis überliefert sind, den Ausdruck als technischen ansehen dürfen. Unter faciens ist demnach etwas anderes zu verstehen, und da ist die obige Bedeutung die nächstliegende.

4) So Burchardi S. 160, Baron S. 256, Leonhard S. 357, Rang S. 61, Abicht S. 26 f. Die Mehrzahl der Schriftsteller ist anderer Ansicht.

mit Recht bemerkt ¹⁾, dass Unkunde insofern als Verschulden gelte, als es jemandem zum Vorwurfe gemacht werden kann, dass er etwas unternimmt, was er nicht versteht. Ebenso führte M o m m s e n aus ²⁾, der Schuldner könne in einem Falle, wie dem vorliegenden, die verlangte Leistung gar nicht oder nicht sicher ausführen, ohne über eine, das Mass des Gewöhnlichen übersteigende, Geschicklichkeit zu verfügen. Geht er ohne solche an die Aufgabe heran und stiftet aus diesem Grunde Schaden, so kann ihn der Gläubiger mit Fug und Recht einer Culpa zeihen ³⁾.

§ 9.

Widerlegung einer unrichtigen Erklärung der ausgesprochen unbedingten Haftung.

Wie ist die von den Römern bei der Werkverdingung mit Bewusstsein statuierte unbedingte Haftung des redemptor für die Gehilfen zu erklären? ⁴⁾ Die eine Erklärung schöpft aus dem Wesen der locatio operis. Sie geht dahin, dass dieser Contract — im Gegensatze zur locatio operarum — das Resultat einer bestimmten Thätigkeit zum Gegenstande hat und nur für das vollendete und genehmigte Werk dem redemptor ein Entgelt zukommt, nicht schon für ein einzelnes Stück geleisteter Arbeit. Infolgedessen trägt der redemptor bis zur Genehmigung seines Werkes die ganze Gefahr desselben, also auch die Gefahr der Gehilfen. Allerdings braucht er einen unüberwindlichen, von aussen kommenden Zu-

1) Schuldverhältnisse II § 675.

2) Beiträge zum Obligationenrecht III S. 365.

3) Ebenso E n n e c c e r u s (Verhandl. II S. 107). Vgl. auch l. 132 R. J., l. 8 § 1 D. ad leg. Aqu., l. 9 § 5 D. loc.

4) Die l. 65 pr. de usufr. haben wir im § 8 aus der Rechtsstellung des Usufructuars zu erklären versucht.

fall („eigentlicher casus“, wie ihn das Rechtsgutachten der Hallenser Juristenfacultät von 1847 nennt) nicht zu vertreten. Zu haften hat er in der Weise, dass der locator das gesamte Interesse, welches er an der richtigen und pünktlichen Vollendung hatte, ersetzt verlangen kann; der redemptor geht nicht bloss seiner merces verlustig ¹⁾).

Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf l. 36, 37, 59 und 62 D. loc. Diese Fragmente bestimmen, es solle bis zur Billigung des Werkes durch den Besteller oder bis zur Zumessung des Werkes der Conductor die Gefahr tragen. Geht jedoch in dieser Zeit das Werk durch vis maior unter, so trifft die Gefahr den Besteller, falls jenes an sich abnahmefähig war. Die Hauptfrage ist die: worin besteht die erwähnte Gefahr? Bolze ²⁾ findet sie mit Recht darin, dass der conductor, welchem die Leistung durch Casus unmöglich geworden ist ³⁾, nur den Anspruch auf seine Gegenleistung verliert, dagegen nicht das Interesse des Bestellers zu prästieren braucht. Denn die unterbliebene Ausführung wird dem Unternehmer nicht zur Schuld angerechnet, weil ihn insoweit der Zufall entschuldigt. Es müsste ihm eine Widerrechtlichkeit zur Last fallen, damit man ihm die Leistung des Interesses auferlegen könnte ⁴⁾. Verglei-

1) Diesen Standpunkt vertrat zuerst das angeführte Rechtsgutachten; später haben ihn Burchardi, Leonhard und Jaques sowie das Reichsgericht eingenommen.

2) Arch. f. civ. Pr. Bd. 57 S. 105 f.

3) Unterholzner (Schuldverh. II S. 349 N. h) meint: wenn die Ausführung des opus nur erschwert ist: widerlegt sich aber im nämlichen Satze durch die Citierung der Quellenworte: si tamen vi maiore . . . interciderit. Stürzt das Werk zusammen, so ist es nicht erschwert, sondern es ist unmöglich geworden.

4) Windscheid II § 257, Arndts Pand. § 222 N. 1 und Text dazu; vgl. auch Rang S. 52 f.

chen wir ferner die citierten Stellen mit l. 33 loc.¹⁾:
 nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam va-
 cuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto:
 quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut
 etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum va-
 cuum tradi: similiter igitur et circa conductionem ser-
 vandum puto Die Nutzanwendung wird hier vom
 Kauf auf den Pachtcontract gemacht; da letzterer in-
 dess im Anfang der Stelle (quemadmodum inquit si . . .)
 mit der Werkverdingung in eine Linie gestellt wird, so
 gewinnen wir für diesen Vertrag das Resultat, dass sich
 die Ersatzpflicht des locator operis im Falle eines Casus
 auf das Interesse nicht erstreckt²⁾. Das nämliche folgt,
 wie besonders Goldschmidt³⁾ dargethan hat, aus l. 36
 i. f. D. loc. Dort heisst es, der locator habe die Ge-
 fahr zu tragen, falls das Werk durch vis maior vor der
 Billigung zerstört wurde; denn der conductor brauche
 nicht mehr zu leisten, als der locator seinerseits zu-
 stande gebracht hätte. Das kann nur bedeuten: der
 locator geht leer aus, er kann die Leistung vom Unter-
 nehmer nicht beanspruchen. In dieser Stelle wird der
 conductor dem locator gleichgestellt, sodass wir in dem
 Fragmente eine sichere Stütze für unsere Ansicht finden
 können. Es ist demnach nicht richtig, wenn die Gegner
 sagen, der conductor müsse für allen Schaden, den er
 oder seine Arbeiter gestiftet haben, voll und ganz auf-
 kommen, soweit nicht vis maior vorliegt, oder die pro-
 batio erteilt ist, oder der locator etwas an dem schäd-
 lichen Erfolge verschuldet hat. Vielmehr halten es die
 römischen Juristen für angemessen, dass der conductor

1) Dankwardt in Jhering's Jahrb. XIII S. 351 f., Arndts
 Pand. § 315 N. g.

2) Diese Stelle hat übersehen Bechmann in der krit. Vier-
 teljahrsschrift X S. 326.

3) S. 361 ff. Derselben Ansicht Brinz Pand. II § 333 N. 26
 und Unger, Handeln S. 56 N. 8 a. E.

wegen eines Ereignisses, das sich für ihn als *casus* darstellt, nicht doppelt benachteiligt werde, und ebensowenig der *locator* wegen eines Unfalles, der sich als *vis maior* charakterisiert. Die Haftung des einen Teils soll nicht verschärft werden, ohne dass die des andern gleichfalls verschärft wird. Diesen Umstand haben wohl Schriftsteller ausser Auge gelassen, welche — wie Leonhard¹⁾ — die Uebernahme des dem *locator* entstandenen Schadens durch den *conductor* für angezeigt halten.

§ 10.

Erklärung der ausgesprochen unbedingten Haftung für die Gehilfen durch den Gesichtspunkt der technischen *Custodia*.

Auf die eben geschilderte Weise ist die Haftung des *conductor operis* nicht zu erklären, sondern vielmehr aus dem Gesichtspunkte der technischen *Custodia*²⁾.

Zur *Custodia* im allgemeinen, d. h. zur Entwicklung einer Thätigkeit, welche den Schutz der geschuldeten Sache gegen Diebes- und Feuersgefahr insbesondere im Auge hat, ist nicht jeder Schuldner verpflichtet. Freilich kann sie ein jeder durch besondere Abrede übernehmen³⁾; ohne weiteres verpflichtet ist aber nur ein Schuldner, welcher mit Einwilligung des Gläubigers eine

1) Verhandl. I S. 355 f.

2) Ueber die Unrichtigkeit der — von Burchardi angenommen, jetzt nur noch selten vertretenen — Theorie, nach welcher der Gehilfe Werkzeug des redemptor ist, und daher auf des Letzteren Gefahr gewählt wird, vgl. Leonhard I S. 382 f., Ennecerus in denselben Verhandlungen II S. 110, Unger, Handeln S. 55 N. 8 und die hier citierten.

3) „Generaliter enim probandum est contractus ex conventionem legem accipere“. Donellus Comment. III 874 oben.

fremde Sache in Händen hat¹⁾. Die Custodia findet sich in den Quellen in verschiedenen Graden vor: als die (normale) diligens custodia, als dolus de custodiendo, welcher ein Mindermass, und als „technische Custodia“ — ein von Windscheid stammender Ausdruck —, welche ein höheres Mass der diligens custodia darstellt. Die technische Custodia begreift diejenigen Fälle, in welchen der Schuldner für die Sache stets aufkommen und jedwede zurechenbare Handlung der Gehilfen vertreten soll, wäre auch der Verlust oder die Beschädigung jener Sache trotz Beobachtung des vom Schuldner versprochenen höchsten Fleisses nicht abzuwenden gewesen²⁾. Vorausgesetzt ist allerdings, dass gegen das schadenbringende Ereignis eine Vorkehrung von Schutzmassregeln überhaupt möglich war. Insofern ist ein Unterschied von der Haftung für Casus vorhanden³⁾. Der Custodient hat insbesondere für jeden Diebstahl, auch für Einbruchsdiebstahl, einzustehen.

1) Dass die Custodia einen andern Inhalt wie die Diligentia hat, und demnach der Satz des Cuiacius „custodia et diligentia idem est“ (Opera V 412C, vgl. ferner IX 270C und 1123E) unrichtig ist, hat Brinz Pand. II § 268 nachgewiesen. Siehe jetzt auch Baron Arch. f. civ. Praxis Bd. 78 S. 230 ff. Indessen wird man mit Windscheid II § 265 N. 2 zugeben müssen (derselben Meinung früher Baron Arch. f. civ. Pr. Bd. 52 S. 44 ff. und jetzt Leonhard I S. 377 N. 6 und Stintzing Arch. f. civ. Praxis Bd. 81 S. 431 f.), dass von dem, welcher Custodia prästiert, auch ein gewisser Grad von Diligenz verlangt wird. Je nach dem Grade der zu leistenden Custodia ist eine grössere oder geringere Anspannung der Geisteskräfte des Schuldners in Bezug auf die zu wählende Bewachungsweise unumgänglich nötig.

2) Die ältere, von H a s s e begründete, Meinung verstand unter technischer Custodia die diligentia in custodiendo.

3) Diesen Unterschied hat bereits C u a c i u s (Opera IX 376B und 375E) klar erkannt und ausgeführt. Er stützt sich auf l. 28 C. de locato 4, 65.

Abweichend von dem eben geschilderten Standpunkte von Brinz wollen mehrere Schriftsteller¹⁾ die Haftung des Custodienten auf Gefahren beschränken, welche durch die sorgsamste Obhut abgewendet werden können. Ich glaube, dass diese Schriftsteller durch die von Brinz für seine Ansicht verwertete l. 55 pr. D. loc. zu widerlegen sind. Nach diesem Fragmente soll der horrearius, wenn er die Custodia übernommen hat, ohne weiteres für einen Einbruch und eine Plünderung des Magazins verantwortlich sein. Es wird in keiner Weise angedeutet, dass es sich um einen durch äusserste Wachsamkeit abwendbaren Angriff handelt.

Die Haftung für technische Custodia wird in den Quellen von Gesetzes wegen dem nauta und horrearius (worauf wir im § 11 näher eingehen werden) und auch, wie wir glauben, dem conductor operis auferlegt. Letzteres ergibt sich für den fullo und sarcinator mit Bestimmtheit aus der Zusammenstellung von l. 40 D. loc. mit l. 5 pr. D. nautae, Fragmenten, welche beide aus dem fünften Buche ad edictum provinciale des Gaius herrühren²⁾. Danach stellt Gaius der gegen Entgelt ausdrücklich übernommenen gesteigerten Custodiahaftung die des nauta und caupo, sowie des fullo und sarcinator entgegen, welche sämtlich ohne Entgelt custodiae nomine — für technische Custodia — haften sollen, die beiden letztgenannten ex locato. Hierdurch gewinnt Lehmann auch eine Erklärung der l. 14 § 17 D. de furtis. Er fasst den Boten, welcher für die Ueberbringung des Briefes bezahlt wird, als conductor operis auf und lässt

1) Goldschmidt in seiner Zeitschrift III S. 106 ff. und XVI S. 326 ff., Windscheid Pand. II § 264 N. 9, Baron Arch. f. civ. Pr. Bd. 78 S. 280 ff.

2) Vorgenommen und verwertet hat die Zusammenstellung zuerst Lehmann (Zeitschr. d. Savignystift. IX rom. Abt. S. 114ff.), wie es scheint, unabhängig von der von Rang S. 32 N. 3 geäusserten Vermutung. Sodann Lenel, Palingenesie Gaius No. 119.

ihn als solchen für Custodia im technischen Sinne ¹⁾ haften. Besonders beweisend ist der Umstand, dass der Jurist die Rechtslage des Boten mit derjenigen des *caupo* in Parallele stellt; denn die strenge Haftung des Letzteren ist sicherlich nur aus der Uebernahme der technischen Custodia zu erklären ²⁾. Dass diese Erklärung des Fragments natürlicher ist, wie die Windscheids ³⁾, nach welcher der Bote ein Garantieverprechen, den Brief unter allen Umständen zu überbringen, abgegeben hat (*per ferendae*), wird ohne weiteres einleuchten ⁴⁾. Kraft dieser Stelle will Lehmann eine Pflicht jedes *conductor operis*, nicht nur des *fullo*, für technische Custodia einzustehen, annehmen. Derselben Ansicht ist Baron, wogegen Pernice jene Pflicht auf den beschränken will, welcher eine ihm zur Abänderung übergebene Sache dem *locator operis* restituieren muss. Mit diesem Standpunkte ist es nicht vereinbar, dass Pernice die l. 14 § 17 cit. in derselben Weise wie Lehmann auslegt. Zudem ist schwer einzusehen, warum der Walker oder der Juwelier eher Custodia prästieren soll, wie der Transportunternehmer. Diesem wie jenem wird eine fremde Sache zur Entwicklung einer bestimmten Thätigkeit an derselben und demnächstiger Rückgabe derselben, beziehungsweise Auslieferung an einen andern, anvertraut ⁵⁾.

1) So übrigens schon Pernice, *Labeo* II S. 361, jetzt auch Baron an dem S. 44 N. 1 angeführten Orte S. 255.

2) Vgl. den folgenden Paragraphen.

3) *Pand.* II § 401 N. 2.

4) Gegen die Bedenken, welche Windscheid bei dieser Auffassung wegen der Ueberflüssigkeit des *edictum nautae* vorbringt, vgl. vorzüglich Pernice, *Labeo* II S. 351 N. 25 und Baron (S. 44 N. 1) S. 253 f. Ausserdem: Goldschmidt in seiner Zeitschrift III S. 80, Bruckner, Custodia S. 295 ff. Bezüglich des *fullo* siehe noch l. 12 pr. D. de furt., § 15 (17) J. obl. qu. e. del. 4, 1; Gaius Inst. III § 206 und § 207.

5) Baron S. 257.

§ 11.

Haftung des horrearius und des nauta für
die Gehilfen
aus demselben Gesichtspunkte.

Allgemeinerer Anerkennung erfreut sich die unbedingte Haftung des horrearius und des nauta aus dem Gesichtspunkte der Uebernahme der technischen Custodia. Diese Haftung tritt beim horrearius nur dann ein, wenn er in dem Vertrage ausdrücklich die custodia versprochen hat; der nauta dagegen wird unter gewissen Voraussetzungen so angesehen, als habe er die custodia übernommen.

Horrearius oder dominus horrei ist der Eigentümer eines Speichers, welcher wertvolle Gegenstände oder Getreide zur Aufbewahrung gegen Entgelt aufnimmt¹⁾. Er ist also ein conductor operis. An sich haftet er nur für diligens custodia²⁾, falls er aber die Custodia speciell übernommen hat, für jeglichen Einbruch und jegliche Plünderung des Speichers³⁾. Er

1) Goldschmidt in seiner Zeitschrift III S. 106 ff. Donellus (Comment. VII 870) definiert: „Horreum . . . in usu Jurisconsultorum fere is locus, in quo res quaeque pretiosissimae reponuntur et custodiuntur“. Er kann sich hierfür auf l. 3 § 2 D. off. pr. vig. 1, 15 berufen; vgl. auch l. 60 § 6 D. loc. Allgemein richtig ist seine Definition aber wohl nicht, da die lex horreorum (Bruns, fontes S. 330 der 6. Ausg.) — wenigstens nach Mommsen's Conjectur — nur von frumentarii spricht.

2) L. 1 C. de loc. 4, 65.

3) L. 55 pr. loc. Cuiacius, Opera IX 376B u. 375E. Die Glosse liess den horrearius für culpa levissima haften. Uebrigens ist auch Cujac der Meinung der S. 44 Note 1 angeführten Autoren, da er ausführt: „Verum locator horreorum damnum effracturae non praestat, nisi custodiam nominatim receperit, diligentissima custodia effracturam cavere potuit“. Diese Beschränkung ist jedoch mit dem Wortlaute des Fragments nicht zu vereinbaren.

lädt sich dann eine Verpflichtung auf, die in concreto über den höchsten Fleiss hinausgehen kann. Wichtiger ist die Haftung des nauta, caupo und stabularius für technische Custodia. Gegen diese conductores operis — das sind sie allerdings nur gewöhnlich, wenn sie Entgelt für ihre Leistung beziehen — führte das prätorische Edikt eine Klage ein für den Fall, dass dieselben ihren Contrahenten nicht das zurückstellten, quod cuiuscumque saluum fore receperint, die actio ex recepto. Unter receptum ist ein Versprechen zu verstehen, welches unter gewissen Voraussetzungen von Rechts wegen zu einem für sich völlig verbindlichen civilen Vertrage¹⁾ hinzutritt, des Inhalts, dass der Schiffer oder Gastwirt für die Integrität der hingegebenen Sachen einstehen wolle. Dieses gesetzliche Garantieverprechen²⁾, welches den im Edikt benannten Personen die Tragung des Zufalls bis zur vis maior auferlegt, auch wenn sie schuldlos sind, ist daraus zu erklären, dass das Gesetz jene Personen zur Uebernahme der technischen Custodia zwingt³⁾. Beweis dafür sind namentlich drei Fragmente: einmal die l. 1 § 8 D. nautae: et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, sodann die l. un. § 4 D. furt.

1) Vgl. besonders Goldschmidt (citirt S. 46 N. 1) S. 61 ff.

2) Früher nahm man einen stillschweigenden Vertrag des nauta mit dem Reisenden an: Glück Commentar VII S. 110 ff.; vgl. Unger in Grünhut's Zeitschr. VIII S. 244.

3) So zuerst Goldschmidt S. 112 ff., jetzt fast allgemein anerkannt: Windscheid Pand. II § 384 N. 6, Brinz Pand. II § 270 N. 30. Dementgegen behauptet Leonhard S. 376, die Haftung sine culpa und die Haftung für Custodia sei beim nauta zu unterscheiden, da der nauta zwar diese, nicht aber jene (l. 3 § 1 i. f. D. nautae) mit dem Werkmeister gemeinsam habe. Dieser Einwand erledigt sich dadurch, dass die Römer bei der Werkverdingung noch nicht so klar erkannten, dass sie eine Haftung ohne Schuld statuiert hatten, um dies offen aussprechen zu können. Die zu Gunsten der hier vertretenen Auffassung sprechenden Stellen hat Leonhard nicht widerlegt.

adv. naut. 47, 5 und endlich l. 14 § 17 D. de furt., in welcher der nauta demjenigen gleichgestellt wird, welcher ausdrücklich die Custodia übernommen hat. Die Folge ist, dass der Schiffer für Entwendungen und Beschädigungen, also für Delikte, wie Vertragsverletzungen, unbedingt einsteht¹⁾, und zwar nicht allein, wenn solche von seinen Leuten oder den Passagieren, sondern wenn sie selbst von extranei, anderen Personen, wie den vorgenannten, verübt werden²⁾. Dementsprechend führt l. 3 § 1 D. nautae als Gründe, welche den Schiffer zum Vorbringen der exceptio vis maioris berechtigen, nur an: naufragium und vis piratarum. Auch bei anderer Gelegenheit sprechen die Quellen den Satz aus, dass Vergehen der domestici nicht unter die vis maior fallen: l. 30 § 4 D. loc.: Colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse. Die extraria vis ist zweifellos die vis maior. Trotzdem will Leonhard S. 374 f. den Fall einer fahrlässigen Brandstiftung durch die Leute des Schiffers unterschieden wissen von dem eines Raubes der Waare durch dieselben unter Ueberwältigung ihres Herrn. Die Haftung des nauta im ersten Falle sei gerechtfertigt, weil er zur Aufrechterhaltung der strengsten Disciplin verpflichtet sei. — Ist schon die Unterscheidung mit den Quellen nicht vereinbar, so ist auch gegen ihre Begründung einzuwenden, dass man in dem zweiten Falle noch mit viel mehr Recht einen Mangel an Disciplin schuld an dem Vorfalle geben kann.

1) L. 5 § 1 D. h. t. 4, 9; l. un. §§ 1 u. 6 D. furt. adv. n. 47, 5.

2) Hinsichtlich der extranei ist Goldschmidt S. 113 ff. anderer Ansicht.

Für das heutige Recht hält man allgemein ¹⁾ eine so scharfe Haftung, wie sie das römische Recht für die im Edikte benannten Personen normiert, ebenfalls noch für notwendig. So nimmt denn auch das bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 701 von der Haftung des Gastwirts ²⁾ nur aus: eigenes Verschulden des Gastes oder seiner Begleiter, einen durch die Beschaffenheit der eingebrachten Sachen entstandenen Schaden, und endlich höhere Gewalt. Es bleibt also bei der unbedingten Haftung des Wirtes für sein Dienstpersonal. Ausserdem findet sich die Bestimmung, dass ein Anschlag, in welchem der Wirt die so geregelte Haftung ablehnt, jeder rechtlichen Wirkung entbehrt; dieselbe zeigt deutlich, dass es sich bei der Tragung des Zufalls durch den Wirt, ebenso wie im prätorischen Edikt, um eine obligatio ex lege handelt.

§ 12.

Die Haftung für den Institor.

Aus den in § 1 genannten Gründen, sowie zur Vervollständigung des Bildes, welches die Quellen in unserer Frage ergeben, ist eine kurze Betrachtung des Institor, eines besonders gearteten Gehilfen, geboten. Institor ist derjenige, welcher an die Spitze eines gewerblichen Betriebes gestellt ist und welcher denselben im Namen des Principals leiten soll ³⁾. Durch die Anstellung eines solchen übernimmt der Principal dem Publi-

1) Glück, Comment. VI, S. 110 ff., Unger, Handeln S. 33 N. 12 und dort Citierte.

2) Bezüglich des Schiffers enthält das Handelsgesetzbuch im Art. 635 eine Bestimmung über dessen unbedingtes Einstehen für seine Leute.

3) In den Basiliken heisst er daher προεστώς; vgl. auch Gai. institut. IV § 71: praepositus.

kum gegenüber die Garantie dafür, dass dessen Handlungen innerhalb des ihm eingeräumten Wirkungskreises genau so gelten sollen, wie wenn er sie vorgenommen hätte. Die Gründe, aus welchen der römische Prätor eine so strenge Haftung des Geschäftsherrn normierte, waren: das Interesse des Publikums und sodann die durch den Institor dem Geschäftsherrn erwachsenden Vorteile¹⁾. Dass der Principal auch für unerlaubte Handlungen des Institor aufkommen muss, folgt, wie jetzt allgemein anerkannt ist, aus l. 5 § 8 und l. 5 § 10 D. h. t. Was das letztere Fragment anlangt²⁾, so halte ich die von Thöl und Goldschmidt gegebene Interpretation desselben für die richtige. Sie denkt sich als Object zu rogasset: unum ex discipulis, denselben, welcher nachher als Subject zu accepisset wiederkehrt, und ergänzt bei discipulis suis ein ceteris. Bereits die Glosse hat diesen Weg eingeschlagen, welcher dahin führt, den praeponens unbedingt für das seitens des institor am Gegenstande der obligatio des praeponens begangene Delict haften zu lassen. Bestätigt wird das so gewonnene Ergebnis durch die Formel der actio institoria; in derselben folgt, wie Keller nachgewiesen hat, die obligatio des praeponens ganz der des Institor. Wird die letztere also³⁾ modificiert, was durch ein Delikt zweifellos der Fall ist, so tritt bei jener die entsprechende Modification ein. Die gleiche Verantwortlichkeit trifft nach l. 11 § 4 D. h. t. den Herrn, wenn der Institor den Anschlag an der taberna, in welchem ihm der

1) L. 1 pr. D. inst. act. 14, 3; vgl. auch Paul. sent. II 8 § 1. Hier tritt uns zuerst ein für das heutige Recht noch verwertbarer Gesichtspunkt für die Motivierung der unbedingten Haftung des Herrn entgegen (vgl. § 11).

2) Ueber das erstere vgl. v. Wyss Haftung S. 131, Glück Comment. XIV S. 247 u. 251.

3) v. Wyss S. 133 ff., Ubbelohde S. 279 f.

zugeteilte Wirkungskreis entzogen wurde, entfernt und dadurch Contrahenten getäuscht hat ¹⁾. Wir haben hier Fälle vor uns, in welchen die Römer — aus Rücksicht auf das Verkehrsinteresse — eine Haftung des Herrn auch da normieren, wo sich der Gehilfe nicht in den Grenzen der ihm gestellten Aufgabe hält.

Wie der *praeponens* für den *Institor*, so haftet der *exercitor* für die auf seinen Schiffen Angestellten. Wir wollen diesbezüglich nur auf 2 Stellen hinweisen; einmal auf l. 5 § 6 O. et A. 44, 7: *Item exercitor navis ... de damno aut furto, quod in nave ... factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem ... exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa e reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur* ²⁾. Eine gleiche Motivierung durch die uneigentliche culpa in eligendo findet sich in l. un. § 6 D. furt. adv. naut. 47, 5. Es ist interessant zu sehen, in welcher gekünstelter Weise sich hier die römischen Juristen eine culpa propria des Rheders als Grund seiner Haftung für die *homines construieren*. Derselbe Ulpian aber, der Verfasser der citierten *lex unica*, zieht in l. 7 pr. D. nautae ³⁾ einen ganz anderen Gesichtspunkt zur Erklärung der Haftung des *exercitor* heran: *nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit*. Hier hat Ulpian mit dem Bestreben, welches sonst von allen römischen Juristen hartnäckig verfolgt wird, den Grund der Haftung des Herrn für seine Gehilfen in einer culpa seinerseits zu suchen, gebrochen. Es wird

1) Jaques in den Verhandl. II S. 90 ff.

2) Gleichlautend § 3 J. obl. qu. quasi ex del. 4, 5.

3) Auf dieses Fragment hat zuerst Jhering in seinen Jahrb. IV S. 85 aufmerksam gemacht.

sich unten zeigen, dass dieser, im römischen Recht vereinzelt gebliebene, Standpunkt ¹⁾ der einzige ist, von dem aus man zu einer befriedigenden Lösung unserer Frage gelangen kann.

Bevor wir jedoch das römische Recht verlassen, bedarf es der Erinnerung daran, wie sehr die Noxalklagen der Ausbildung der unbedingten Haftung im Wege standen. Bei einem Ueberblicke über die gesamten Aeusserungen des römischen Rechts in unserer Frage wird hiernach die Behauptung mancher Schriftsteller (wie Leonhard's S. 382), die Ausnahmebestimmungen dieses Rechts vermöchten auch nicht indirect eine unbedingte Haftung für die Gehilfen zu begründen, schwerlich zu unterschreiben sein. Man wird zwar, da das römische Recht zu einer einheitlichen Regelung nicht vorgedrungen ist, nicht die grade entgegengesetzte Behauptung aufstellen können. Soviel aber wird sich, angesichts der Reihe der ausgesprochen unbedingten Haftungsfälle und der weit grösseren, welche nur der Sache nach unbedingte Haftungsfälle darstellt, behaupten lassen, dass das römische Recht mindestens eine ebenso starke Stütze für die Herleitung der unbedingten, wie der auf eine Mitschuld des Principals basierten Haftung abgibt.

1) Ihn hat Donellus (Commentar. IV 444) verwertet: . . . Accedit eo quod [nautae] cum ad commodum et securitatem iter facientium navem . . . publice exerceant, de hac ipsa securitate polliceri videntur eoque et ministros ad eam rem periculo suo adhibere.

§ 13.

Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis.

Bis in die 1860er Jahre folgte die gemeinrechtliche Praxis und Theorie meist der besonders von H a s s e präcisierten Auffassung, nach welcher das römische Recht nur eine Haftung des Schuldners für culpa in Wahl und Beaufsichtigung seiner Gehilfen kennt¹⁾. Einen Umschwung bewirkte der steigende Verkehr und eine Aenderung des Rechtsbewusstseins, welchem viele ausländische Gesetzgebungen Rechnung trugen. Puchta freilich²⁾, welcher die unbedingte Haftung des conductor operis vertrat, weil dieser die Culpa seiner Gehilfen stillschweigend übernehme, fand noch keinen Anklang. Ebenso blieb die Ansicht U n t e r h o l z n e r's³⁾, welcher zwar die Verschuldung des Principals als Voraussetzung von dessen Haftung beibehielt, dieselbe jedoch in der Anstellung „ungeschickter, leichtsinniger oder böswilliger Gesellen“ fand, vereinzelt. Die Praxis gelangte zu dem Ausweg, den grossen Transportanstalten, insbesondere

1) Vgl. v. Wening-Ingenheim, *Gemeines Civilrecht* § 243; Thibaut, *System des Pandektenrechts* I § 188 a. E. Andererseits Seuff. Arch. IV No. 35 u. 112; XXXIII No. 194. In dem letztgenannten Urtheile wurde die Klage eines Passagiers, der dadurch beschädigt worden war, dass das Fuhrwerk infolge Lässigkeit des Kutschers einen Abhang herunterglitt, abgewiesen. Der Fuhrherr hatte, so nahm der Gerichtshof an, nur für culpa in eligendo, und solche liege nicht vor. — Es wird schwerlich behauptet werden können, dass dieses vom O.A.G. Darmstadt gefällte Urtheil unser Rechtsbewusstsein befriedigt. Doch hat das jetzige O.L.G. Darmstadt die überkommene Rechtsprechung beibehalten (Walter, *Entsch. des O.L.G. Darmstadt v. 1879—1890* S. 13).

2) *Vorlesungen* II S. 161.

3) *Recht d. Schuldverhältn.* II § 508. Sie läuft auf eine präsumtive Culpa im Sinne der in § 7 besprochenen Quellenstellen hinaus.

der Eisenbahn, auf Grund eines Gewohnheitsrechts und deutschrechtlicher Principien eine unbedingte Verantwortlichkeit für Versehen und Vergehen ihres Dienstpersonals aufzuerlegen (vgl. R.O.H.G. XII S. 79, Seuff. Arch. XXXIV No. 212, XXXIX No. 302, Stobbe Privatrecht III § 201 N. 33).

Definitiv brach mit der Haftung für culpa in eligendo das Reichsoberhandelsgericht bezüglich der Werkverdingung. Ihm folgte z. B. das O.L.G. Braunschweig, dessen Entscheidung ¹⁾ wir, weil sie sehr bemerkenswert ist, hier anführen wollen. „Das angefochtene Erkenntnis hat . . . den ganz richtigen Satz an die Spitze gestellt, dass bei den in Ausführung eines opus eingetretenen Sachbeschädigungen, mögen sie durch Handlungen des conductor selbst oder seiner Gehilfen herbeigeführt sein, der conductor operis für den Schaden hafte und sich durch den Nachweis, dass bei der Ausführung des opus von ihm und seinen Gehilfen mit der grössten Aufmerksamkeit verfahren und daher der eingetretene Schaden durch casus herbeigeführt sei, zu exculpieren habe. . . . Diese Verantwortlichkeit, die erst dann cessiert, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset (l. 25 § 7, l. 13 § 6 D. loc.), erstreckt sich auf alle Personen, quorum opera utatur, die in irgend einer Weise bei Anfertigung des opus benutzt werden, im Auftrage oder mit Genehmigung des Unternehmers — oder, falls er selbst die Ausführung seinen Gehilfen oder Lehrlingen überliess, in deren Auftrage oder mit deren Gutheissung an dem Zustandekommen des opus sich beteiligten. Es würde auch mit den dringendsten Anforderungen des Rechtsverkehrs unvereinbar sein, die Haftpflicht des Unternehmers . . . mit Windscheid II § 401 auf culpa in eligendo zu beschränken“.

1) Seuff. Arch. XXXV No. 202.

Dieser Rechtsprechung hatte bereits das deutsche Handelsgesetzbuch vorgearbeitet. Im Art. 400¹⁾ statuiert es die unbedingte Haftpflicht des Frachtführers für seine Leute, im Art. 635 diejenige des Schiffers für seine Leute. Dagegen ist der Spediteur nach Art. 380 nur für culpa in der Wahl der Frachtführer verantwortlich, was durchaus angemessen ist, da er nur die Letzteren auszusuchen braucht.

Im einzelnen waren die folgenden Gründe für diese neue Entwicklung in unserer Frage massgebend. Die beschränkte Haftung des Herrn für culpa in eligendo bevorzugt einmal — und darin sind alle ihre Gegner einig — den Grossbetrieb. Ist sie Gesetz, so gehört es zu den klagbegründenden Behauptungen des Schadensersatz beanspruchenden Klägers, dass dieser denjenigen Gehilfen ermittelt hat, durch welchen sein Vermögen geschädigt worden ist. Sonst ist es unmöglich, zu entscheiden, ob den Schuldner wegen der Wahl oder Beaufsichtigung des Schadenstifters eine Culpa trifft. Je umfangreicher nun der Betrieb des Schuldners ist, desto schwieriger wird sich dieses vorherige Ermittlungsverfahren gestalten, und je kleiner der Betrieb ist, desto leichter. Angenommen, es wird bei einem Auszuge, der von einem grossen Möbeltransportunternehmer besorgt wird, von dessen Leuten schuldhafter Weise eine Wertsache beschädigt. Wer es von den 10 Leuten gewesen ist, wurde nicht bemerkt. Wie soll der Besteller hier zu seinem Rechte kommen? Selbst wenn die Leute noch zu ermitteln sein sollten, wird kaum einer freiwillig die That einräumen. Wie anders, wenn nur ein Gehilfe in Frage steht!

Ein zweiter grosser Misstand bei der beschränkten Haftung des Schuldners war, dass derselbe, wenn er belangt wurde, sich einfach damit exculpierte, er

1) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 3. Aufl. S. 453 f.

habe den Gehilfen auf ausreichende Zeugnisse oder Empfehlungen hin angestellt, seine Leistungen mit der ihm obliegenden *diligentia diligentis patrisfamilias* verfolgt und nichts auszusetzen gefunden. Gegen diese Einrede wird in der Regel eine Replik des Klägers unmöglich sein; denn der Beklagte führt seine subjective Ueberzeugung ins Feld, und an der Hand concreter Thatsachen nachzuweisen, dass Beklagter sich dieselbe schuldhafter Weise falsch gebildet habe, wird der Kläger selten in der Lage sein ¹⁾).

Ebenso ungünstig ist die Rechtslage des Klägers, wenn der Schuldner die Arbeitsausführung an einen Unterbeamten vergeben hat, welcher selbständig das nötige Dienstpersonal anstellt. Dann kann der Gläubiger gegen den Schuldner überhaupt nichts ausrichten, sondern muss den Unterbeamten wegen dessen *Culpa* verklagen und geht leer aus, wenn dieser mittellos oder vom Schuldner sorgsam gewählt und beaufsichtigt ist.

Endlich wurde das Recht des Gläubigers oft dadurch practisch wertlos, dass der Schuldner den obsiegenden Gläubiger an den Gehilfen verwies, indem er ihm seine Klage gegen den Gehilfen cedierte.

Allein mit der practischen Notwendigkeit, den

1) Vgl. besonders Dreyer Verhandl. I S. 87 ff., welcher auch behauptet, dass vielen Gewerben die unbedingte Haftung etwas selbstverständliches sei, dass sie es unterliessen, sich in der oben angegebenen Weise zu exculpieren. Dem entgegen hält Goldschmidt (in seiner Zeitschrift XVI S. 337 ff.) die Beweislast für eine so drückende, dass sie thatsächlich den Character einer Präsumtion des Verschuldens des Herrn (des Beklagten) annehme. Auch das O.A.G. Rostock (Seuff. Arch. XXX No. 118) ergriff für einen Schornsteinfegermeister Partei, der seiner Gehilfen wegen gegebenenfalls einen grossen Brandschaden ersetzen muss, obwohl er unmöglich alle Gehilfen beaufsichtigen kann. — Ist es aber zu billigen, dass derselbe auf einen armen Mann, welcher durch den Brand sein Mobiliar verloren hat, den Schaden sollte abwälzen können? (vgl. Leonhard Verhandl. I S. 365.)

Schuldner unbedingt haften zu lassen, war es nicht gethan. Um allseitige Anerkennung zu erringen, bedurfte diese Haftung einer ausreichenden theoretischen Rechtfertigung. Eine solche kann in der vom Reichsoberhandelsgericht ¹⁾ im wesentlichen und vom Reichsgericht ²⁾ ausschliesslich vertretenen „Erfolgstheorie“, die wir bereits im § 9 berührt haben, nicht gefunden werden. Dieselbe erklärt die unbedingte Haftung des conductor operis daraus, dass „universitas consummationis ad conductorem pertinet“, dass der conductor sich unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisses im Ganzen verpflichtet. Deswegen müsse er die Gefahr der Gehilfen tragen ³⁾.

Die Theorie lässt sich, wie wir oben im § 9 sahen, auf die Quellen nicht stützen. Aber auch ausserdem unterliegt sie schweren Bedenken. Wenn nämlich den Unternehmer an dem von den Gehilfen schuldhafter Weise gestifteten Schaden selbst keine Schuld trifft, so trägt der entstandene Schaden sicherlich für ihn den Charakter eines casus. Ist das begonnene Bauwerk durch einen Erdrutsch eingefallen, so erscheint der dadurch entstandene Schaden für den Unternehmer gleichfalls als Casus. Und doch trägt der Unternehmer das erste Mal den Schaden, das zweite Mal nicht, und doch soll er, so sagt man, von der Haftung für Casus frei sein ⁴⁾.

1) Entscheid. XIII S. 77.

2) Entscheid. X S. 166, XXIII S. 91 f., XXXIII S. 169 ff., Bolze, Praxis VI No. 294.

3) Uebrigens lässt das Reichsgericht nicht nur den Werkmeister unbedingt haften, sondern jeden, dessen Thätigkeit auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet ist, wie z. B. den gewerbmässigen Vermittler von Handelsgeschäften: Entscheid. XXXIII S. 169 f., Bolze, Praxis XVIII No. 125. Eck (in Jherings Jahrb. 35 S. 306) billigt diese Ausdehnung als dem modernen Rechtsbewusstsein entsprechend und den Quellen nicht zuwiderlaufend.

4) v. Wyss, Haftung S. 94 ff., Ubbelohde Zeitschr. f. Han-

Ferner ist gegen die Theorie anzuführen, dass der Unterschied zwischen *locatio operis* und *operarum* in der Schärfe, wie ihn das Reichsgericht aufzustellen genötigt ist ¹⁾, nicht vorhanden ist ²⁾. Es ist Thatsache, dass auch bei der *locatio operarum* die einzelnen Dienste des öfteren einen Erfolg hervorbringen sollen, nur dass es den Parteien auf den Erfolg nicht unmittelbar ankommt. Lasse ich z. B. beim Tischler einen Tisch anfertigen und gebe ihm das Holz, so liegt mir nur etwas an dem fertigen Tische, und darum ist das Geschäft eine *locatio operis*. Lasse ich von dem Tischler ein paar Tische und Stühle reparieren, so denke ich zunächst an die Thätigkeit des Reparierenden und entlohne diese; ein Erfolg wird jedoch hier ebenfalls erzielt, die Tische und Stühle werden wieder intact.

Wir sehen also, dass die unrichtige Begründung der unbedingten Haftung deren ungerechtfertigte Beschränkung auf einen einzigen Contract mit sich bringt. Da der Letztere indessen den häufigsten Fall der Verwendung von Gehilfen darstellt, so genüge die Rechtsprechung einigermaßen dem practischen Bedürfnis.

Nicht besser steht es mit der sogenannten Assecuranztheorie. Sie ist von Ubbelohde in der mehrfach citierten Abhandlung für die *locatio operis* und die *societas* aufgestellt worden. Der Schuldner, so sagt Ubbelohde, welcher dafür, dass er eine Verpflichtung eingeht, ein Aequivalent erhält, muss die Gefahr der Gehilfen übernehmen; denn er hat die Möglichkeit, sich durch Bemessung der Gegenforderung eine Assecuranzprämie hierfür zu sichern. — Die Theorie hat kaum Anhänger gefunden ³⁾. Dass sie nicht quellenmässig ist,

delsr. VII S. 222 ff., Goldschmidt eod. XVI S. 363, Enneccerus Verh. II S. 100 f., Unger, Handeln S. 55 N. 8 a. E.

1) R.G. in Seuff. Arch. XLIII No. 114.

2) Hierauf hat namentlich Enneccerus a. a. O. hingewiesen.

3) Sie ist zusammen mit der Erfolgstheorie vom Reichsober-

hat am schlagendsten Goldschmidt¹⁾ durch die l. 5 pr. D. nautae bewiesen, dass sie im praktischen Leben keinen Boden hat, v. Bar²⁾ und Dreyer³⁾. Das Letztere hat sich auch deutlich in dem Urteile des O.A.G. Rostock⁴⁾ gezeigt. Hier wird es als gewiss hingestellt, dass der beklagte Schornsteinfegermeister nicht in der Lage war, sich ausser seinem geringen Lohn, „welcher ganz entschieden nur das Aequivalent für die geleistete Arbeit darstellt“, eine Assecuranzprämie für die Uebernahme der Gefahr der Gesellen auszubedingen.

Einen Fortschritt bedeutet die Theorie von Enneccerus⁵⁾, insofern dieselbe nicht nur für die im römischen Recht anerkannten Fälle der unbedingten Haftung, sondern für alle Verträge aufgestellt ist. Von dem Hartmann'schen Begriffe der obligatio ausgehend, sagt Enneccerus: wenn die obligatio in der Erfüllung eines Privatinteresses des Gläubigers besteht, so kann der Schuldner nicht bloss für eine eigene Handlung, sondern auch für die eines Dritten haften, wenn sich in dieser das Privatinteresse des Gläubigers ausdrückt. Entsprechend sei es mit der Diligenz: schulde ich meine Leistung, so schulde ich meine Diligenz; schulde ich die Leistung eines Dritten, so hafte ich auch für dessen Diligenz. — Hiergegen bemerkt Windscheid⁶⁾, der

handelsgericht angewandt, sowie von Leonhard mit dessen eigener Theorie zur Erklärung der Haftung des Schuldners herangezogen worden.

1) In seiner Zeitschr. XVI S. 344; schon früher haben gegen sie polemisiert v. Wyss S. 98 f., Bechmann krit. Vierteljahrschrift X S. 323.

2) In Grünhut's Zeitschr. IV S. 72 ff.

3) Verhandl. I S. 90.

4) In Seuff. Arch. XXX No. 118.

5) Sie ist in seinem oft erwähnten Vortrage entwickelt worden.

6) Pand. II § 401 N. 5. Ihm hat sich Unger (Handeln S. 54 N. 4) und Abicht S. 44 f. angeschlossen. Auch Rang (Haftung S. 38 f.) polemisiert gegen Enneccerus.

Herr verspreche gar nicht eine fremde Handlung, sondern nur die Bewirkung einer solchen, also Sorgfalt in der Bewirkung. Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird auch aus Folgendem hervorgehen. Wenn ich mit einem Schneider über die Anfertigung eines Anzuges für mich einig geworden bin und ihn dann frage: „Sie sind also verpflichtet, mir den Anzug zu liefern?“ so wird es ihm nicht in den Sinn kommen zu erwidern: „Nein, dazu bin ich nicht verpflichtet, vielmehr dazu, dass meine Gesellen Ihnen den Anzug liefern“.

Den richtigen Standpunkt nimmt Unger¹⁾ ein, und zwar will er die unbedingte Haftung des Schuldners für alle Verträge rechtfertigen. Zum Teil lehnt er sich an Jhering an, welcher den Grundsatz aufstellt: wer die Leistung selber zu beschaffen hat und dieselbe durch einen Andern vornehmen lässt, haftet für dessen Culpa schlechthin, und denselben damit begründet: so gut dem Verkäufer die Unkenntnis der Fehler der Sache, so gut könnten ihm die Fehler der von ihm zugezogenen Person zur Last gelegt werden²⁾. Unger meint, in dem Interessenconflict, welcher zwischen dem verletzten Gläubiger und dem unter Umständen einwandsfrei handelnden Schuldner besteht, müsse man sich auf des Ersteren Seite stellen. Man dürfe allerdings nicht argumentieren: beide Teile sind unschuldig, der Gläubiger aber noch

1) Handeln S. 53 ff. — Die Unrichtigkeit der Theorie Leonard's hat sich uns bereits im Laufe der Darstellung ergeben; vgl. noch Rang S. 63. Rang, Dreyer und Mataja (Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalöconomie S. 41) finden den Grund der Haftung des Schuldners in der blossen That-sache der Veranlassung des Schadens durch ihn. Vgl. hiergegen Enneccerus Verh. II S. 107 f. Abicht S. 38 f. rechtfertigt die Haftung des Uebernehmers eines opus ebenso, erkennt aber die Unmöglichkeit an, mit der Veranlassung die Haftung des Schuldners überhaupt zu begründen.

2) Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 47.

unschuldiger; denn die Schuld zwar kann verschiedene Grade haben, nicht aber die Unschuld. Vielmehr — so führt Unger in schroffem Gegensatz zu Enneccerus aus — zieht der Schuldner die Gehilfen zu, um einer ihm obliegenden Leistung zu genügen. Er trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft, in eigener Angelegenheit. Es ist seine Sache, die rechten Leute zu wählen . . . : begeht er ungeachtet aller Sorgfalt einen Fehlgriff in der Auswahl, so kann er den Misserfolg nicht auf den ganz unbeteiligten Gläubiger abwälzen, sondern muss ihn sich selbst zuschreiben (*de se queri debet* . . . ¹⁾ Wie das correcte Verhalten der Gehilfen dem Schuldner zum Vorteil dient, ebenso muss auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachtheile ²⁾ gereichen. Der Schuldner, welcher die Gehilfen in seinem Interesse verwendet, verwendet sie auf eigne Gefahr ³⁾. Seine Verantwortlichkeit wird, so aufgefasst, zu einer *obligatio ex lege*, sie zählt zu den Fällen, in welchen gesetzlich dem Schuldner die

1) Ebenso auch die Motive zum ersten Entwurf des B.G.B. II S. 30. — Dass die Rechtsstellung des Substituten eine ganz andere ist, dass dieser auf Gefahr des Gläubigers gewählt wird, haben wir oben S. 3 ff. darzulegen gesucht.

2) Diesen Gedanken allein verwertet Gaius bei dem Pachtcontract: l. 25 § 6 D. loc.: *Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse . . . alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur*. Ferner haben die Juristen mit jenem Gedanken bei der Haftung des *institor operiert* (vgl. oben S. 50). Jedoch Unger betont mit Recht, dass dieses Moment zur Begründung der unbedingten Haftung nicht ausreicht. Es muss als zweites Moment hinzukommen, dass bei Ausführung seiner von ihm eingegangenen Verpflichtung den Schuldner Vorteil und Nachteil der Gehilfen betrifft.

3) Unger S. 59 f. Dass hierin das eigentliche Wesen der unbedingten Haftung besteht, hat, wie wir oben S. 51 sahen, nur die l. 7 pr. D. *nautae* erkannt.

Tragung des Zufalls auferlegt wird. Die unbedingte Haftung hat ihre feste Stütze im Gesetz.

B. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

§ 14.

Den eben geschilderten Bestrebungen, die Haftung für die Gehilfen den Bedürfnissen des modernen Lebens und Verkehrs gemäss auf alle Verträge auszudehnen — Bestrebungen, welche auch in den Verhandlungen des 17. Juristentages lebhaft zu Tage getreten sind — hat der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches bereits in der ersten Lesung Rechnung getragen. Der eingenommene Standpunkt ist auf den einmütigen Beifall hin, der von der Kritik gezollt wurde, beibehalten worden. Es bestimmt das Gesetzbuch im § 278: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2¹⁾ findet keine Anwendung“. Die Motive zur ersten Lesung begründen die Bestimmung folgendermassen²⁾: „Der Schuldner, welcher sich der Hülfe Dritter bei Bewirkung der Leistung bedient, handelt im eigenen Interesse und darum auch auf eigene Gefahr nach der Anschauung des heutigen Verkehrs. Derselbe erblickt darin, dass der Schuldner eine Leistung verspricht, auch die Uebernahme einer Garantie für das ordnungsmässige Verhalten derjenigen, deren er sich bei der Leistung

1) „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden“.

2) Motive II S. 29 f.

bedienen darf“. Der erste Teil dieser Begründung entspricht also der Theorie von Jhering und Unger; demselben wird die Bemerkung beigelegt, dass die angenommene Theorie die Anschauung des täglichen Lebens widerspiegelt. Der zweite Teil der Begründung hätte, wie Unger mit Recht meint, wegfallen können; er entspricht dem Standpunkte Puchta's. Dass nämlich hiermit eine innere Rechtfertigung des aufgestellten Rechtsatzes gegeben wäre, wird man nicht behaupten können; es wird dem Schuldner der Wille zu haften bloss imputiert.

Die Bestimmung des B.G.B. schliesst sich an Art. 115 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom Jahre 1881 an, nur verbietet sie nicht eine anderweite Regelung der Haftung des Schuldners durch den Parteiwillen. Das schweizerische Gesetz wiederum war eine Fortbildung des französischen Rechtes¹⁾, welches nur die unbedingte Haftung des Mandatars, Mieters und Werkmeisters für ihre Gehilfen kannte. Als Vorläufer des B.G.B. ist endlich zu nennen die englisch-amerikanische Praxis, welche den Arbeitgeber within the scope of employment, innerhalb des dem Arbeiter zugewiesenen Wirkungskreises, für Verschulden des Arbeiters unbedingt einstehen lässt²⁾. Dagegen geht das B.G.B. weit über das Allgemeine Landrecht hinaus, welches in I 11 § 930 bloss den Werkmeister unbedingt haften lässt, und steht geradezu im Gegensatze zu dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, welches eine unbedingte Haftung des Schuldners überhaupt nicht kennt³⁾.

1) Code civil Art. 1797, 1994 und 1735. Die Bestimmungen des code sind in die Gesetzbücher Belgiens, Italiens und Hollands übergegangen. Vgl. überhaupt die Uebersicht über die neueren Gesetzgebungen bei Goldschmidt S. 377 ff.

2) v. Bar in Grünhut's Zeitschr. IV S. 21 ff., Jaques Verhandl. II S. 85 f.

3) Ob das sächsische bürgerliche Gesetzbuch einen Fall der

Die Stellungnahme des B.G.B. in unserer Frage ist von der Theorie allgemein gebilligt worden ¹⁾. Die Einmütigkeit der Germanisten und Romanisten in der Billigung rührt daher, dass jene in dem § 278 einen Sieg deutschrechtlicher Anschauungen finden, diese dagegen behaupten können, der Paragraph verdanke Gesichtspunkten seine Entstehung, die bereits im römischen Rechte aufgestellt worden und vom Gesetzbuche nur in ihrer ganzen Tragweite erfasst und verwertet worden sind. Das deutsche Recht stellt nämlich ganz allgemein den Grundsatz auf: jeder hat für den Schaden, welchen er, wenn auch unabsichtlich und unverschuldet, veranlasst, aufzukommen, und nicht der betroffene schuldlose Dritte. „Wer unwillig gethan, muss willig zahlen“, sagt der Sachsenspiegel ²⁾.

Ob die Einwirkung des römischen oder die des deutschen Rechts auf den Entwurf von bestimmenderem Einfluss gewesen ist, beabsichtigen wir nicht, hier zu entscheiden. Wir begnügen uns damit, festzustellen, dass das B.G.B. eine Lösung der wichtigen Streitfrage gezeitigt hat, welche eine gleichmässige Behandlung von Gross- und Kleinindustrie ermöglicht und gleichzeitig die wohlthätige Folge haben wird, dass der Schuldner die grösste Vorsicht bei Anstellung der Gehilfen walten lassen wird.

unbedingten Haftung, nämlich den des Werkmeisters enthält, ist bestritten. Es handelt sich um den § 1247 des Ges.-B.

1) Ausser Unger: Gierke, Der Entwurf S. 199 N. 5, Meischeider in Bekker und Fischer's Beiträgen zum Entwurf Heft 3 S. 49 ff., Seuffert ebenda Heft 11 S. 14, Laband im Arch. f. civ. Pr. Bd. 73 S. 186 f.

2) Vgl. das Nähere bei Heusler, Institutionen des deutschen Privatr. II S. 262 ff. Man spricht von objectivem Schadensersatzprincip.
